Erörterungen

über

die bestrittensten Materien

des

Römischen Rechts

in

Zusätzen

zu

Thibaut's Pandecten-System

siebente Auflage.

Herausgegeben

von

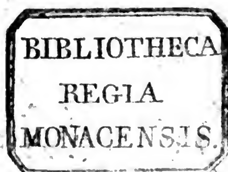
J. R. Braun.

Erster Theil.

Stuttgart,

im Verlag von Friedrich Henne.

1831.



Vorrede.

Der Herausgeber gegenwärtiger Erörterungen, die aus den freien Vorträgen des Herrn Verfassers des zu Grunde gelegten Compendii hauptsächlich geschöpft sind, hat zweierlei im Auge: einmal die Zeit tödtenden Dictate der Rechtslehrer so viel als möglich zu verdrängen, und darauf hinzuwirken, daß an deren Stelle künftig mündliche Erläuterungen treten mögen, damit der Studirende des Rechts eine lebendige Anschauung von seiner Wissenschaft erlange. Die bisherige Erfahrung hat gezeigt, daß das stundenweise Dictirtschreiben den Körper sehr ermüdet, die Freude des Jünglings an seinem ergriffenen Fache erlahmt, und obendrein den Zweck der mündlichen Einleitung in die Wissenschaft durch den Lehrer verfehlen läßt.

Das Hören der Lehrer wird, sofern das Dictiren nicht aufhört, bei den vielen Commentaren, die jede

Wissenschaft aufzuweisen hat, ganz überflüssig, denn jeder Studirende kann seinen Commentar zu Hause tüchtig durcharbeiten, und dabei so viel lernen, als wenn er sich vier Jahre lang bis zum Eckel im Dictirtschreiben hätte üben lassen.

Der zweite Grund liegt in der allgemeinen Verbreitung des Pandecten-Systems von Thibaut, in welchem Manches allzu kurz angedeutet ist, und daher oftmals nicht ganz verstanden wird. Ueber die wichtigsten Materien nun nähere Erläuterung zu erhalten, kann für die Theoretiker und Praktiker nur von wesentlichem Nutzen seyn, ja der Herausgeber schmeichelt sich mit der Hoffnung, daß diese Erörterungen zu gleichartigeren Aussprüchen der Gerichte bei bestrittenen Gesetzen beitragen könnten.

Im August 1831.

B.

Einleitung.

Allgemeine literarische Notiz.

Die Literatur des römischen Rechts geht theils auf Schriften über einzelne Lehren, theils auf umfassende Werke. Die ersten hat das Compendium überall am gehörigen Ort angeführt, und was als Neuestes noch hinzuzufügen ist, das wird in den Zusätzen gelegentlich nachgetragen werden. Ueber die umfassenden Schriften ist hier aber dieß zu bemerken: Justinians Vorschrift im prooemio pandectarum constitutio omnem reipublicae, daß über Institutionen, Pandecten und Codex exegetisch gelehrt werden solle, ward in Beziehung auf alle Theile des justinianeischen Rechts von den altitalienischen Rechtslehrern im 12ten und 13ten Säculo genau befolgt, obgleich sie zuweilen auch kleine Compendien versuchten. Das Anwachsen der Masse und das Hinzukommen neuer Collegien über andere Rechtsquellen und viele juristische Hilfswissenschaften machten am Ende jenen Vortrag ganz unmöglich, und so verstand man sich denn zuletzt dazu, das ganze römische Recht in zwei Collegien zu lesen, und zwar zuerst als kurze Einleitung Institutiones, und dann Pandecten oder Digesta, als detaillirte Darstellung des justinianeischen Rechts, abstrahirt aus allen Theilen des corp. juris. Bei diesen Pandecten richtete man sich lange Zeit gewöhnlich nach der schlechten Titelfolge der justinianeischen Pandecten, bis

man endlich in den letzten Zeiten fast durchaus die systematischen Pandecten vorzog. Pandecten nach Ordnung des Gesetzbuches pflegt man Legalpandecten zu nennen.

Dieß vorausgesetzt, unterscheide man nun:

I. Exegetische Werke.

Das wichtigste Exegetische enthalten die Werke der Glossatoren, d. h. der bolognesischen Rechtslehrer im 11ten, 12ten und 13ten Jahrhundert, welche, in dogmatischer Hinsicht, die Grundlage der ganzen spätern Jurisprudenz geworden sind. Nur wenig ist uns davon erhalten, wie v. Savigny im 4ten und 5ten Bande seiner Geschichte nachgewiesen hat. Das Bedeutendste, was uns erhalten ward, ist die accursische Glosse, gesammelt aus den Schriften der besten Glossatoren. Man findet sie in allen editionibus glossatis des corp. juris. Von den spätern zusammenhängenden exegetischen Werken ist das beste

A. Faber rationalia ad pandectas. 2 Bde. Fol.

welches aber nur bis Lib. 23. geht, und leider neben vielem Scharfsinnigen auch unendlich viel griechischen Muthwillen enthält. Das beste neuere Exegetische sind die Einzelheiten, welche man in tausend Schriften unserer bessern Juristen zerstreut findet, und worüber Nachweisungen, freilich sehr mangelhaft, gegeben sind in

Delrii interpretatio juris civ.

(auch im 6ten Band der großen Gothofredischen Ausgabe des corp. jur.); alsdann kommen corp. jur. civ. cum notis variorum Lips. 1768. 8. *Schulting* notae ad Dig. Lugd. Batav. 1804 — 1823. 4 Bde. 8. Ganz unentbehrlich für die Exegese sind aber vorzüglich die Werke von Cujacius, wozu Dominicus Albanensis ein genaues promptuarium gab, welches beschrieben ist im

Archiv für civilist. Praxis Bd. 13. Hft. 2. No. 11.

II. Werke, worin ohne Exegese die Rechtsprincipien aufgestellt sind.

1) Nach Ordnung der Titelfolge der justinianeischen Pandecten.

A. Compendien. Am klarsten und concisesten, aber sehr dürftig sind die Compendien von Westenberg und Eck. Am gebräuchlichsten bei uns war früher das höchst fehlerhafte Compendium von J. H. Böhmer und Hellfeld.

B. Größere Werke. Die berühmtesten und wichtigsten sind die Commentare und Abhandlungen zu den Pandecten von Meier, Struv cum notis *Mülleri*, Lauterbach, Huber, Stryk, Schilter, Noodt, Leyser und Voet. Keines macht aber das andere entbehrlich, weil jedes seine eigene Manier und seine starken und schwachen Seiten hat. Ein wahres Wunder der Gelehrsamkeit und Arbeitsamkeit ist

Glück Erläuterung der Pandecten,

welches freilich nicht höchst geistvolle, aber doch als Materialiensammlung unentbehrliche Werk, jetzt in 34 Bd. 8. erst bis Lib. 28. tit. 1. geht.

2) Nach einem willkührlichen System.

Das berühmteste, sehr tief eingehende Werk dieser Art lieferte Donellus in seinen Commentariis de jure civili.

Neuerlich sind eine Menge systematischer Compendien erschienen, namentlich von Hofacker, Wening, Mühlenbruch, Madihn, Hufeland, Günther, Zenner, Schweppe, Warrnkönig, Valet und Heimberger, von denen die ersten drei wohl die mehrste Auszeichnung verdienen. Für sächsische Juristen hat die höchst reichhaltige oeconomia juris von Berger 1 Bd. 4. ganz vorzüglichen Werth.

Erster Theil.

Ueber Gesetze und Rechtswissenschaft an sich.

Erster Abschnitt.

Ueber die Natur der Gesetze überhaupt.

§. 1.

ad voc. jus naturale.

In der Rechtswissenschaft kommen überall die Ausdrücke lex und jus oder Gesetz und Recht vor, über deren Bedeutung hier daher Folgendes genauer anzugeben ist.

I. Das Wort „Gesetz" bezeichnet bei uns Alles, was eine Nothwendigkeit mit sich führt, diese mag nun aus geistigen oder physischen Kräften entstehen. Ebenso das Wort lex, welches die Römer ebenfalls auch auf physische Gesetze beziehen. Im engern Sinn nennen die Römer nur diejenigen Gesetze lex, welche von dem höchsten Willen des eigentlichen Regenten, also des Volks, ausgingen. Deßwegen wurden z. B. leges und Senatusconsulta einander entgegengesetzt. Nach dem Verschwinden der Comitien war das Senatusconsultum im Grunde nichts, als allerhöchster Wille des Kaisers, und so gewöhnte man sich daran, sie auch leges zu nennen.

Gajus I. 4. a)

Im engern Sinne heißen leges nur die Gesetze der Centuriatcomitien, also nicht auch die plebiscita,

Gajus I. 2. 3. b)

---

a) Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis fuit quaesitum.

b) Lex est, quod populus jubet atque constituit; plebiscitum est, quod plebs jubet atque constituit.

und im engsten Sinne werden blos die zwölf Tafeln lex genannt. Da die einem Hauptvertrage angehängten Nebenverträge die Wirkung eines Gesetzes haben, so werden sie *auch* lex genannt, z. B. die im §. 649. erwähnte lex commissoria.

II. Das Wort „Recht" hat bei uns einen jetzt sogenannten subjectiven und einen objectiven Sinn. Im subjectiven Sinn bezeichnet es die Befugniß einer Person zu handeln, im objectiven aber ein Gesetz, z. B. wenn man sagt: das Recht schreibt vor. Da in dem, was dem Gesetz gemäß ist, sich das objective Recht selbst ausdrückt, so heißt dann Recht auch alles Rechtmäßige, z. B. er handelt recht, oder es ist Rechtens. Das römische Recht hat allein diese Grundbedeutung. Es bezeichnet mithin:

1) im subjectiven Sinn eine Befugniß, z. B. est mihi jus eundi, agendi, also auch eine freie Macht zu handeln, daher das est sui juris, est alieni juris. Im engern subjectiven Sinn bezeichnet jus auch die mit einer actio in rem verknüpften jura in re aliena, worüber im Zusatz zu §. 61. mehr zu sagen ist.

2) im objectiven Sinn eine Nothwendigkeit für die Handlungsweise eines Menschen gegen Andere, z. B. jus romanum praecipit, also auch die Rechtswissenschaft, indem deren Inhalt nur aus Gesetzen besteht, z. B. in jure personarum agitur de personis. Daher wird denn auch die Anwendung eines Gesetzes oder das Rechtmäßige jus genannt, z. B. jus potere, jus dicere. Im Gegensatz heißt dann alles Unrecht, also nicht blos eine Beleidigung, injuria, z. B. quaero jure an injuria fecerit? Deßwegen wird denn auch von Allem, was von und vor dem Prätor vorgenommen ward, gesagt: es geschehe in jure, während von dem Verfahren der Geschwornen gesagt wird, es geschehe in judicio; denn nur der Prätor sprach in seiner Instruction das eigentliche Recht aus, während dem judex im Wesentlichen blos die notio zustand, d. h. die Untersuchung des Factischen. Im engern objectiven Sinn bezeichnet jus nur das recht juristische, strenge Recht; die Billigkeit, im Gegensatz desselben, wird dann auch factum genannt. Wird eine Verbindlichkeit nach strengen Principien aufgehoben, so sagt man daher, sie sey ipso jure sublata, während die Aufhebung des streng Rechtlichen durch überwiegende Bil-

ligkeit ope exceptionis sublatum genannt wird, worüber im Zusatz zu §. 167. mehr zu sagen ist.

Der deutsche Ausdruck „das Recht" im objectiven Sinn wird von uns nur auf moralische oder naturrechtliche, von der Vernunft oder deren Stellvertreterin im Staat (der gesetzgebenden Gewalt) ausgehende Normen bezogen. Das römische jus im objectiven Sinn geht aber auf alles, was eine Handlungsweise des Menschen gegen Andere nothwendig oder zuläßig macht. Hienach steht denn der Mensch nach römischer Ansicht im Staat unter dreifachen Gesetzen, nämlich:

A) Als Thier unter den Gesetzen der Thierheit. Diese Gesetze, sofern sie wenigstens den Menschen zum Handeln gegen Andere veranlassen, heißen nun bei den Römern jus naturale, wie z. B. das Streben nach Selbsterhaltung.

B) Als vernünftiges Wesen unter den Gesetzen der Vernunft, welche in sofern alle Völker anerkennen. Diese Gesetze nennen die Römer gewöhnlich jus gentium, zuweilen aber auch jus naturale, worüber im Zusatz zu §. 8. mehr zu sagen ist.

C) Als Staatsbürger unter den willkührlichen Gesetzen seines Staats. Diese nennen wir positives Recht, die Römer aber jus civile. Sehr oft bezeichnen die Römer aber durch jus civile nur das positive Recht, welches den Edicten der Magistrate (dem juri honorario) entgegengesetzt ist, und im engsten Sinn bezeichnet man dadurch nur die durch die Praxis eingeführten Rechtssätze. Da bei den Römern nur die Bürger, aber in der Regel nicht der Fremde, den Genuß des juris civilis hatten, so hätte Justinian angeben sollen, welche Institute man bloß dem juri civili zuzuschreiben habe; allein er that es nicht, doch wissen wir aus einer Menge gelegentlicher Aeusserungen der Classiker, daß die Römer

a) Zum juri civili rechneten

a) in der Regel das ganze jus publicum romanum;

b) vom Privatrecht die römische Agnatio, Ehe, patria potestas, alle römischen Formulargeschäfte, mithin alle Verbalcontracte und im Ganzen Testamente, so wie das Intestaterbrecht.

b) Als juris gentium betrachteten sie

a) manches vom jure publico, nämlich das jus belli, Völkerverträge, jus postliminii, Unverletzlichkeit der

Gesandten, Ehrerbietung gegen die Götter, Gehorsam gegen die Obrigkeit, Bestrafung des furti, homicidii, adulterii, des Incestes mit Ascendenten und der Injurien;

b) in privatrechtlicher Hinsicht das Recht der Selbstvertheidigung, Sklaverei, natürliche Ehe, Erziehungsrecht der Eltern, Alimentationspflicht naher Angehörigen, Intestaterbrecht der Kinder, einfacher Erwerb des Eigenthums, durch occupatio, accessio und traditio, und endlich *alle* unfeierlichen Verträge.

Alle Belege hiezu hat gegeben

Dirksen im rheinischen Museum Bd. 1. Heft 1. 2. Seite 1 — 50.

§. 2.

ad voc. obligatio.

Das Compendium hat hier das Wort obligatio in dem Sinne genommen, wie es alle neueren Rechtslehrer und Philosophen zu gebrauchen pflegen. Bei den Römern ist aber die gewöhnliche Bedeutung des Worts obligatio, ungefähr wie bei unserm Wort „Verbindung", theils enger, theils weiter; denn sie nennen gewöhnlich nur die Rechtsverhältnisse obligationes, welche wir jetzt jus in personam nennen (§. 61.); bezeichnen aber dann dadurch nicht bloß den passiven Zustand des Schuldners, sondern auch den activen Anspruch des Gläubigers. Im engsten Sinn wird dadurch, wie auch die tabula alimentaria Trajani überall zeigt, das bloße Pfandverhältniß verstanden. In beiden Bedeutungen heißt dann auch obligatio das Factum des Obligirens und die darüber aufgesetzte Urkunde, welches alles Hugo not. * cit. durch viele Belegstellen bewiesen hat. — Einiges dafür, daß obligatio ursprünglich bloß auf den passiven Zustand des Schuldners gegangen sey, hat zwar Schweppe not. * cit. gesagt, aber ohne alle Belege, daher sich auch gleich

Hugo Rechtsgeschichte 8te Aufl. §. 190.

gegen ihn erklärte.

ad. voc. Rechtswissenschaft in engerer Bedeutung.

Es ist ein bekanntes Princip der Logik, daß eine Definition nur die wesentlichen Merkmale eines Gegenstandes

angeben darf, d. h. diejenigen, wodurch sich eine Wissenschaft in allen ihren Theilen von andern Wissenschaften unterscheidet, also nicht bloße Zufälligkeiten, welche nur diesem oder jenem Theile der Wissenschaft eigen sind. Da nun in allen Theilen der Rechtswissenschaft, wenn man diese objectiv, d. h. als ein für sich bestehendes Mannigfaltiges denkt, von Gesetzen gehandelt wird, und zwar, weil sie eine Wissenschaft ist, in einer systematischen Ordnung, so kann man sie so definiren, daß sie eine systematische Darstellung der Gesetze sey. Man kann aber auch die Formel so wählen, daß sie eine systematische Darstellung der Zwangsrechte und Verbindlichkeiten sey, indem ja die letzten im Wesentlichen nur Gegenstand der Rechtsgesetze sind. Das Wort Wissenschaft wird in der Sprache auch subjectiv gebraucht, d. h. zur Bezeichnung der Kenntniß, welche Jemand von einer Wissenschaft hat. In diesem Sinn ist dann die Rechtswissenschaft die systematische Kenntniß der Gesetze. Die gesetzliche Definition, welche uns in

Lex 10. §. 2. de just. et jure (1, 1.) c)

gegeben ist, geht nur auf die Rechtswissenschaft im subjectiven Sinn, auf eine eigene Art, worüber hier mehr zu sagen, weil diese Definition auf das Institutionensystem (Zusatz zu §. 7.) großen Einfluß gehabt hat. Gewöhnlich pflegt man diese Definition Ulpian's so auszulegen, als ob unter res divinae das geistliche, und unter res humanae das weltliche Recht zu verstehen sey. Allein dieß läßt sich nicht annehmen, theils weil dann der Zusatz „justi atque injusti scientia“ das Gesagte unnütz wiederholte, theils weil die Classiker unter res divinae atque humanae immer gleichsam alles Denkbare verstehen,

Cicero de off. I. 22.
Seneca epist. 90.

und endlich weil Justinian ganz bestimmt die Gesetze selbst von den rebus divinis atque humanis unterscheidet.

L. 1. §. 2. de leg. (1, 3.).
L. 1. §. 1. Cod. de veteri jure enucleando (1, 17.).

---

c) Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia: justi atque injusti scientia.

Da der Jurist zum Verstehen und Anwenden der Gesetze unendlich vieler Erfahrungskenntnisse bedarf, und da die römischen Juristen fast nie scharf definiren, sondern immer mehr andeuten und beschreiben, so sollte jene Definition gewiß nichts anders sagen, als: Rechtskenntniß setzt die Wissenschaft alles Denkbaren voraus, und principaliter die des Rechts und Unrechts. Als Urtheil ist dieß wahr, aber als Definition falsch, weil eine Definition nur die wesentlichen generischen Merkmale eines Dinges angeben soll, der Hauptzweck des Juristen aber im Ganzen auf Kenntniß des Rechts gerichtet ist. Dazu gehören denn freilich darum doch auch allerlei Nebenkenntnisse; aber dieß kann im Grunde jeder von seiner Wissenschaft sagen, und so gehören die res divinae atque humanae, welche Cicero auch zum Object der Philosophie machte, im Grunde jeder Wissenschaft an. Daher denn jede nur zusehe, wodurch sie sich von andern Wissenschaften auszeichne.

§. 4.

ad voc. Allein die Römer dachten nicht so.

Wenn man Moral und Naturrecht, beide als coordinirte Vernunftwissenschaften unterscheidet, welche aus abstracten Grundbegriffen abzuleiten sind, und wenn man von der jetzt herrschenden Idee ausgeht, daß der Staat im Ganzen nur die Verhältnisse durch Zwang schützen soll, welche nach der Vernunft an sich erzwingbar sind, so leidet es keinen Zweifel, daß der Richter im Ganzen das nicht erzwingen soll, was die Vernunft bloß dem Gewissen des Menschen überlassen hat. Auf dieser Hauptidee beruht Weber's Buch über die natürlichen Verbindlichkeiten. Allein gewaltsam ist es, wenn man diese Begriffe den Römern unterlegt. Diese hatten nämlich

1) in ihrer Moral die Hauptidee, daß sie nicht von abstracten Principien ausgingen, sondern sich auf die Gefühle gut gearteter Menschen stützten, welche sich dann in sofern oft als etwas Erfahrungsmäßiges in concreto erkennen und demonstriren lassen. Zu diesen erkennbaren Gewissenspflichten zählten sie z. B. die pietas, d. h. die Pflicht, sich naher Blutsfreunde anzunehmen, so wie die Dankbarkeit. Daher

Cicero de off. I. 15. und
Seneca epist. 81.

es für eine Pflicht ansehen, unentgeldlich geliehene Gelder zu verzinsen; ebenso wird es in

L. 25. §. 11. de heredit. petit. (5, 3.)

für ein debitum naturale erklärt, daß der Beschenkte wieder ein Gegengeschenk mache. Auch bei uns unterscheidet der gemeine Mann das Naturrechtliche und Moralische nicht genau von einander, und oft wird auf das bloß Juristische nicht so viel Gewicht gelegt, als auf das rein Moralische, wie man namentlich auch bei den sogenannten Ehrenpunkten sehen kann.

2) Die Römer überlassen zwar Vieles dem Gewissen, was sich im einzelnen Fall nicht demonstriren läßt; allein eine solche Scheidung des Naturrechts und der Moral in eine solche enge Begränzung des ersten, wie man sie bei unsern Rechtsphilosophen findet, war den Römern unbekannt. Was nach dem lebendigen Gefühl tüchtiger Menschen im einzelnen Fall als moralische Pflicht gilt, das behandeln sie ganz wie ein debitum naturale, wohin namentlich nach

L. 25. §. 11. cit.
Theophilus paraph. L. 1. tit. 2. pr.

die Dankbarkeit gezählt wird. Da sie nun den Grundsatz hatten, ein debitum naturale erzeuge zwar keine Klage, aber doch eine exceptio für den Besitzer, so folgen hieraus denn auch die im Compendio angegebenen Grundsätze von selbst.

Durch diese Ideen lassen sich nun allein die in nota d citirten Gesetze erklären. Die

L. 26. pr. de cond. indeb. (12, 6.) d)

beruht auf der bekannten Regel: Wer etwas in irgend einer Rücksicht schuldig ist und es zahlt, der kann es nicht condictione indebiti zurückfordern. In dem gegebenen Falle hatte nun zwar der Schuldner keine Zinsen versprochen, und also waren die von ihm aus Irrthum bezahlten Zinsen nach Zwangsgesetzen kein debitum; dennoch soll er sie nach römischen Begriffen über Dankbarkeit nicht zurückfordern können. Auf demselben Princip beruht

---

d). Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit.

L. 8. in quibus caus. pign. vel hypotheca tacite (20, 2.). [e])

Der Fall ist hier dieser: A leiht von B ein Capital ohne Zinsversprechen, und gibt dafür dem B ein Grundstück zum Faustpfand. Vermöge §. 653. hätte hier nun nach der Strenge des Rechts der B dem A alle von dem Grundstück gezogene Früchte verrechnen müssen. Dennoch soll hier A als dankbarer Schuldner von dem B die das gesetzmäßige Maaß der Zinsen nicht übersteigenden Früchte keineswegs abfordern können. — Eine völlig gleiche Entscheidung für die pietas enthält

L. 32. §. 2. de cond. indeb. (12, 6.) [f]),

wie auch

Hasse, Güterrechte der Ehegatten S. 365.

zugegeben hat.

Auf eben dieser Berücksichtigung der Moralität beruht die Bestimmung, daß bei Verträgen Nullität entsteht, wenn man sich für Unterlassung schlechter Handlungen einen Lohn bedingt (§. 25. a. E.), oder für die Vollführung einer Amtspflicht (§. 897.). Eben daher erklärt sich am natürlichsten die Nichtigkeit, welche sonst bei legatis poenae nomine angenommen ward (§. 803. nota h). Ganz aus denselben Ideen ist das wichtige Princip der Römer abzuleiten, daß der, dem man wegen seiner Liberalität Dankbarkeit schuldig ist, den höchsten Grad des Fleißes nicht zu prästiren braucht, wie in den Zusätzen zu §. 251 — 253. genauer entwickelt wird. So begreift es sich denn auch, wie die Römer bei ihren hohen Begriffen vom Staat und dessen Rechten das honestum sogar überall als einen Theil des juris publici behandeln konnten, wozu jetzt eine Menge von Belegen gegeben hat

Buchardi, Grundzüge des Rechtssystems der Römer S. 259 — 309.

---

e) Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.

f) Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.

Gleichdenkend in diesem allem ist nun auch

Lelievre, quid sit obligatio naturalis ex sententia Romanorum. Lovanii 1826. pag. 36. 37.,

während

Welcker, Rechts-, Staats- und Gesetzgebungslehre, Bd. 1. S. 588 — 604.

seinen politischen Ansichten zu Liebe, das von den Römern menschlich berücksichtigte Moralische mehr in ein juristisch politisches Element hinüber zu arbeiten sucht.

§. 5.

ad voc. justitia commutativa.

Die Eintheilung der Gerechtigkeit in commutativa und distributiva kann man recht gut mit Leyser eine Absurdität nennen, aber doch soll man sie wissen. Die ganze Eintheilung entstand nämlich durch das unkluge Bestreben der Glossatoren und aller spätern Juristen, durch Kunstnamen die Wissenschaft zu beschweren, wo man es beim einfachen Begriff hätte sollen bewenden lassen. Die Glossatoren gingen nämlich von der Bemerkung aus, daß es immer etwas Anderes sey, ob man etwas gleichsam mathematisch bestimme, z. B. eine Erbschaft unter Söhnen nach Köpfen theile, oder etwas nach den Umständen bestimme, z. B. eine Brautgabe nach dem Vermögen des Vaters. Dieß weiß nun schon an sich Jedermann, und so liegt hier die wissenschaftliche Vornehmheit bloß darin, daß man das erste Verfahren justitia commutativa, und das letztere distributiva nannte.

§. 6.

ad voc. ist also falsch.

Obgleich die Richtigkeit dieser Behauptung, daß jedes Rechtsgesetz zugleich Rechte und Verbindlichkeiten begründe, also zugleich erlaubend und gebietend sey, offenbar richtig ist, so nehmen doch Manche mit

Glück Bd. 1. §. 14.

die erwähnte Eintheilung in dem durch das Compendium verworfenen Sinn an, ohne zu erwägen, daß Zwangsrechte und Zwangspflichten immer nothwendig zusammenhängen (§. 3.), wie es auch die classischen Juristen anerkannt haben.

L. 7. de annuis legatis (33, 1.).

Bei den ältern Juristen kommt die Eintheilung in jus permissivum und cogens auch vor, aber in einem Sinn, welcher sich rechtfertigen läßt. Es gibt nämlich Gesetze, wobei es dem Regenten zunächst um das Gebieten zu thun ist, z. B. Strafgesetze, und wo dann nur das correspondirende Recht als Folge nothwendig wird, und dann Gesetze, wo zunächst an das Erlauben gedacht wird, z. B. wenn einer Person ein Eigenthum zugestanden wird, wo dann aber freilich das Eigenthum eine Pflicht Anderer zur Folge hat. Das erste nannten unsere alten Juristen jus cogens, das letzte aber jus permissivum. Um nun noch den letzten Theil des §. 6. zu verstehen, nehme man nun diese Beispiele: Ein Gesetz erlaubt dem Bürger, in einer gewissen Form zu testiren, und ein anderes Gesetz gestattet ein völlig freies Eigenthum. Im ersten Fall ist nun die Erlaubniß beschränkt, und dieß wird denn nun juristisch elegant secundum quid genannt; im letzten Fall aber ist sie unbeschränkt oder absolut. Dieß weiß jeder, also besteht das Verdienst der Wissenschaft hier wieder nur in Worten.

§. 7.

ad voc. formale Einheit.

Alle bisherigen Systeme unserer Juristen waren bloß formell, und konnten durchaus nicht materiell, in Ansehung ihrer einzelnen Wahrheiten, räsonnirend aus einem höchsten Princip abgeleitet werden. Denn das römische Recht, besonders wie es uns Justinian gab, enthält neben vielem Guten auch sehr viel Schlechtes und gänzlich Verkehrtes, wo es denn widersprechend seyn würde, wenn man alles aus einem höchsten Rechtssatze ableiten wollte. Indeß ist von unsern neuern Juristen auch für die formale Einheit wenig geschehen, indem man sich gewöhnlich nur darauf beschränkte, willkührlich gewisse Kapitel zu machen, ohne das Ganze, wie es nach logischen Regeln seyn muß, durch Zergliederung des Begriffs eines Gesetzes und der Art der Gesetze darzustellen. Auch die Systeme der Römer sind sehr mangelhaft. Am besten, wenigstens für den Anfänger, ist die Ordnung der Institutionen; aber doch ist sie unlogisch, weil sie von einem falschen Grundbegriff ausgeht, indem bloß zufällige Merkmale aufgenommen sind, welches dann zur Folge haben mußte, daß auch in den Eintheilungsgliedern

jenes Zufällige vorherrschte. Nach dem 2ten Zusatz zu §. 1. gehen nämlich die Römer von der Hauptidee aus, die Rechtswissenschaft sey gewissermaßen die Kenntniß alles Denkbaren. Demnach räsonnirten sie nun consequent weiter so: Alles Denkbare ist, juristisch betrachtet, entweder persona, d. h. rechtsfähiges Subject, oder res, dem eine solche Subjectivität nicht zusteht; also gibt es zwei Theile des juris *sensu objectivo* oder der Rechtswissenschaft, nämlich das jus personarum, welches von Personen, und das jus rerum, welches von Sachen handelt, so weit sie den Juristen interessiren. In dieß jus rerum hätte dann auch logisch die Lehre von den Klagen aufgenommen werden sollen, weil die Klagen res incorporales sind, und in sofern mit zum juri rerum gehören. Allein man setzt das jus actionum, vielleicht weil es zu beiden passend ist, neben das jus rerum.

Thibaut Versuche Bd. 2. Nro. 1.

Da Rechte und Verbindlichkeiten res incorporales sind, so gehört die Lehre von denselben in den Theil des juris rerum, wo von den rebus incorporalibus gehandelt wird.

§. 12. J. de jure natur. gent. et civili (1, 2.)
pr. J. de rer. div. (2, 1.)
tit. J. (2, 2.)
§. 6. J. per quas personas (2, 9.)
pr. J. de reb. corp. et incorp. (2, 2.).

In das Personenrecht hingegen gehört nur die Lehre von den auf die Rechte und Verbindlichkeiten Einfluß habenden Verschiedenheiten der Personen, und natürlich vor allem die Bestimmung des Begriffs einer persona. Der letzte Punkt machte dann freilich einige rechtliche Erörterungen im Personenrecht nöthig; denn bei den Römern beruhte die volle natürliche und bürgerliche Rechtsfähigkeit darauf, daß man frei, Bürger und Familienglied war. Daher kommt es denn, daß in den Institutionen in jure personarum die Lehre vom statu libertatis et familiae abgehandelt wird, während die übrigen für ein kleineres System unbedeutenden Verschiedenheiten der Personen, z. B. in Betreff des Geschlechts und Alters, ganz darin übergangen werden.

Falsch ist es, wenn Manche das jus obligationum von dem jure rerum scheiden, und separirt zwischen das jus rerum und actionum stellen; oder wenn Andere das jus

obligationum vom jure rerum scheiden, und nicht zu dem juri actionum ziehen. Das erste hat ganz und gar nichts für sich, und das letzte läßt sich auch nicht vertheidigen, obgleich sich Hugo seit zehn Jahren immer dafür erklärt hat. Denn die obligationes sind *res* incorporales, und gehören insofern mit zum juri rerum, wo sie auch deutlich vorkommen. Die neuen Institntionen des Gajus enthalten auch sonnenklar dieselbe Idee. Zwar hat

Theophilus paraph. L. 3. tit. 14.

schon die Idee, welche jetzt Hugo gefällt; allein dieses bloße Collegienheft des Theophilus kann denn doch gegen Justinians Institutionen nichts entscheiden, zumal da es sich leicht denken läßt, daß Theophilus in der Commission, worin er mit Tribonian und Dorotheus die Institutionen verfaßte, abvotirt ward, und dann doch nachher in seinen Collegien bei seiner eigenen theoretischen Meinung blieb. Hugo will daran zwar nicht glauben, weil die Excellenz Tribonian den beiden Professoren, Theophilus und Dorotheus, wohl werde die Arbeit überlassen haben, und weil man vermuthen müsse, daß der junge Professor Dorotheus gegen seinen ältern Collegen Theophilus nachgiebig gewesen sey; allein Tribonian, war bekanntlich eine sehr gelehrte und werkthätige Excellenz, und daß die jüngern Professoren gegen die ältern absolut den Bescheidenen machen, hat die Welt noch selten gesehen. Auch steht nun einmal in den Institutionen und Gajus, was darin steht, und damit ist die Sache zu Ende. Neuerlich haben sich auch sehr gut und ausführlich gegen Hugo erklärt

Buchardi Grundzüge S. 4—10. 21. 251—258. 294 — 297.

Weis, über die Stellung der Lehre von den Obligationen. Gießen 1828.

Weit mangelhafter ist die Ordnung der justinianeischen Pandecten, wobei im Ganzen die auch durch das prätorische Edict beibehaltene Ordnung der XII Tafeln zum Grund liegt, indem alles als eine Art von Instruction für den Richter genommen ist. Nachdem nämlich in Lib. I. tit. 1—8. einige Generalia vorangeschickt sind, so wird weiter auf diese Art gehandelt:

1) Vom Subject des Prozesses, der Verfahrungsart und den Mitteln, Prozesse durch pacta, Vergleiche und restitutio in integrum abzuwenden.

Lib. I. tit. 9. bis Lib. V. tit. 1.

2) Vom Object des Prozesses oder den Klagen, und zwar

A) von actionibus in rem.

Lib. V. tit. 2. bis Lib. VIII. tit. ult.

B) von actionibus in personam, aus den Hauptgründen, nämlich Delicte und Contracte.

Lib. IX. tit. 1. bis Lib. XIX. tit. ult.

Damit hat man dann in Lib. XX. — XXII. manche Dinge in Verbindung gebracht, welche oft bei Contracten wichtig werden, aber doch eine viel allgemeinere Bedeutung haben. Hieran schließen sich

3) allerlei Anhänge über wichtige Hauptmaterien, wobei es nicht sowohl darauf ankommt, was man durch eine Klage verfolgen kann, sondern woraus das ganze Rechtsinstitut besteht, nämlich Ehe, Tutel, Erbrecht und Sclaverei. Endlich macht

4) den Beschluß ein Gemisch von Titeln über obligationes ex variis causarum figuris, Eigenthum, Interdicte, Tilgungsarten der Verbindlichkeiten, Appellationen, Criminalrecht und Staatsverfassung.

Alle Mängel dieses ganzen Systems hat schon

Donellus comment. Lib. I. cap. 1.

gerügt, und sie werden immer als Mängel gelten müssen, auch wenn es wahr seyn sollte, was jetzt

Hefter im rheinischen Museum Jahrg. 1. Hft. 1. 2.

überkünstlich zu demonstriren gesucht hat, nämlich daß die alten legis actiones auf die Pandectenordnung Einfluß gehabt hätten.

Im Codex liegt roh dieselbe Idee zum Grunde, doch correspondiren hier lange nicht überall die Titel den Pandectentiteln. Oft enthält der Codex nichts, wo die Pandecten eigene Titel haben, besonders bei allen allgemeinen Lehren, wo hingegen dann aber der Codex viele eigene Titel über die neue Religion und Staatsverfassung hat. Manche Hauptmaterien, die Ehe und das Pfandrecht, stehen im Codex auch

in einer umgekehrten Ordnung. Indeß ist es doch vorzüglich zum leichten Gebrauch des römischen Rechts der alten Allegirart wegen äusserst wichtig, sich die Titelfolge in den Pandecten und dem Coder möglichst geläufig zu machen.

Die alten Juristen fanden darin einen besondern Grund zur Empfehlung ihrer Legalpandecten; allein sie bedachten nicht, daß man in chaotischer Ordnung, mit Detail überfüllt, am ehesten die Folge des Ganzen übersieht, und durch Collegien nach Ordnung der Pandectentitel noch nicht die Ordnung des Coder lernt. Oefteres Durchblättern der Pandecten- und Codextitel ist das einzige Mittel, sich hier Geläufigkeit zu verschaffen. Uebrigens hat jetzt ein sehr vollständiges und bequemes Register zu allen hauptsächlichsten Rechtsquellen gegeben

Bluhme, Grundriß des Pandectenrechts. Halle 1829. S. 121 — 166.

Zweiter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Ursprungs.

§. 8.

ad voc. jus gentium.

In Beziehung auf das jus gentium, worüber schon im Zusatz zu §. 1. Einiges gesagt ist, findet sich in den classischen Zeugnissen keine volle Bestimmtheit. Oft wird davon gesagt, es sey das Recht, welches bei allen Völkern gelte;

Gajus I. 52. g)
§. 1. 11. J. de jure naturali, gent. et civili (1, 2.)
L. 9. de just. et jure (1, 1.)

g) In potestate itaque sunt servi dominorum: quae quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcunque per servum adquiritur, id domino adquiritur.

oft aber wird es für das Recht erklärt, welches die natürliche Vernunft anerkenne,

Cicero de off. III. 5.
Isidor origin. V. 4.
Gajus I. 89.
L. 11. de just. et jure (1, 1.)

welches daher auch, wenn es durch positive Gesetze ausser Wirksamkeit gebracht sey, wie es geschehen könne,

L. 6. de just. et jure (1, 1.)

dennoch als Vernunftgesetz unabänderlich bestehe,

§. 3. J. de legit. agnat. tutela (1, 15.)
L. 8. de reg. jur. (50, 17.)

daß mithin das jus gentium bloß insofern allgemein Geltendes genannt werden könne, als die Vernunft von allen Völkern befolgt werde.

Theophilus lib. I. tit. 2. pr.

Ueber die Vereinigung dieser Aeusserungen denken nun unsere Juristen nicht gleich. Die mehrsten finden das Wesen des juris gentium in dem Merkmal der Vernunftmäßigkeit, und betrachten das allgemein Geltendseyn nur als accidentale, während jetzt umgekehrt

Dirksen im rheinischen Museum Bd. 1. S. 1 — 50.

die Idee weitläuftig vertheidigt hat, daß das Wesen des juris gentium in dem allgemeinen Gebrauch liege, und daß die Rücksicht auf Vernunft und Billigkeit nur die Beimischung einer spätern cultivirten Zeit sey. Es scheint indeß die erste Idee alles für sich zu haben. Auch der roheste Mensch hat ein Gefühl für natürliches Recht und Billigkeit, und die Römer, welche schon seit Romulus mit Verstand so Vieles für Rechtsverfassung thaten, hatten gewiß auch guten Sinn dafür; allein wer für abstracte Philosophie nicht ganz eingenommen ist, der wird eben deßwegen auch äussere Merkmale zur Rechtfertigung seiner Gefühle benutzen, und daher das, was in der äussern Welt schon anerkannt ist, gern als Auctorität anrufen. Haben ja selbst unsere Popularphilosophen vor Kant immer den gemeinen Verstand zu Hilfe genommen; allein der gemeine Verstand kann irren, und so ließen sie denn bloß das als die rechte Philosophie gelten, was sich durch den gesunden und

gemeinen Verstand bewähre. Mehr liegt nun nicht in allen jenen Aeusserungen der Classiker, da sie den allgemeinen Gebrauch nur in sofern mit dem juri gentium in Verbindung bringen, als er vernünftig sey, und umgekehrt auch da, wo die Anwendung des juris gentium wegen positiver Gesetze nicht stattfindet, dennoch ein jus gentium annehmen. Für diese richtige Ansicht hat sich nun auch wieder erklärt

Puchta, das Gewohnheitsrecht Bd. 1. S. 1—44.

§. 9.

ad voc. **drei Arten der natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten.**

In unsern ältern Compendien sind fast immer nur zwei Arten der natürlichen Verbindlichkeiten erwähnt, nämlich die ganz aufgehobenen und die beschränkten. Den Charakter der letzten setzte man mehrentheils dahin, daß sie der Gesetzgeber zwar nicht ganz cassirt habe, daß sie aber doch keine Klage erzeugten, sondern nur den Besitzer zu einer Exception berechtigten. Zu diesen eingeschränkten natürlichen Verbindlichkeiten pflegte man dann auch die Gewissens- oder Liebespflichten (§. 4.) zu zählen. Ueber dieß alles bemerke man nun noch genauer dieß:

1) Der Grund, warum man nicht, wie es das Compendium gethan hat, obligationes merae naturales efficaces als dritte Art annahm, lag darin, weil man meinte, es entstehe schon an sich aus einer obligatio naturalis keine Klage, sondern nur eine Exception; solle also eine obligatio naturalis klagbar werden, so müsse sie durch das positive Recht bestätigt seyn, und dann gehöre sie zum jure positivo mixto. Diese Ansicht ist zwar nach römischem Recht richtig,

L. 10. L. 178. §. 3. de verb. signif. (50, 16.)

und das, was Weber nota 9. cit., dem man neuerlich fast allgemein folgte, dagegen anführt, beweist höchstens nur, daß in späteren Zeiten diese und jene obligatio naturalis durch Gewohnheitsrecht und extraordinario modo Vollgültigkeit erhielt.

Lelievre, quid sit obligatio naturalis ex sententia Romanorum. Lovanii 1826. p. 37—42. 69—71.

Allein jetzt kommt darauf nichts weiter an, da die Ausleger zufolge des

c. 6. X. de judic. (2, 1.)

stets die Regel angenommen haben, daß aus einem rein natürlichen Recht eine actio in factum oder imploratio officii judicis stattfinde, daher jetzt auf allen Fall in sofern obligationes merae naturales efficaces angenommen werden müssen.

2) Es ist zu eng, wenn man den Begriff einer obligatio naturalis restricta dahin stellt, daß sie keine Klage, sondern eine exceptio erzeuge; denn Beschränkungen der vollen Wirksamkeit können auch auf andere Art stattfinden, z. B. wenn einem Gläubiger zwar eine Klage gestattet ist, derselbe sich aber Stückzahlung oder einen Abzug gefallen lassen muß.

3) Die Liebespflichten will Weber gar nicht als Art der natürlichen Zwangspflichten gelten lassen. Allein es ist schon im Zusatz zu §. 4. gezeigt, daß die Römer erkennbare Gewissenspflichten ganz wie debita naturalia durch eine gestattete exceptio schützen.

§. 10.

ad voc. ungeschriebenes genannt.

Die tadelnde Bemerkung in nota r rechtfertigt sich sehr leicht. Bei den Römern ward nämlich alles publicirte Recht schriftlich bekannt gemacht. Wenn daher in

L. 32. 36. de leg. (1, 3.)

der Jurist die Gewohnheit jus non scriptum nennt, so liegt der Grund offenbar darin, weil sie nicht in einer Scriptur Gesetze wurden. Deutlich bestätigt dieß auch

§. 3 — 9. J. de jure nat. (1, 2.)

indem die Verfasser der Institutionen doch gewiß den Sinn einer so trivialen Schuleintheilung verstanden, so wie es auch durch die Natur der Sache unterstützt wird, indem es sich gar nicht einsehen läßt, wie die Römer das Recht, weil es promulgirt ist, auch im Fall einer blos mündlichen Promulgation hätten jus scriptum nennen sollen. Die Neuern mißverstanden dieß, glaubten, die römischen Classiker hätten alles, auch nicht schriftlich promulgirte Recht

jus scriptum genannt, und so entstand denn die im Text des Compendiums als herkömmlich zum Grund gelegte sogenannte juristische Bedeutung von jus scriptum und non scriptum, wozu sich sogar theoretisch wieder geneigt hat

Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts Bd. 1. S. 51 — 54.

§. 11.

ad voc. particulaires Recht.

Die Juden nehmen nicht bloß das alte Testament und vorzüglich das mosaische Recht als Gesetz an, sondern auch die Auslegungen ihrer ältern Geistlichen, welche im Jahre 220 gesammelt wurden, und den Namen Mischna (zweites Gesetz) erhielten. Diese Mischna ward nachher wieder ausgelegt, welche neue Auslegung die Gemarah hieß. Die eine der letzten ist vom Jahr 300 und heißt die Hierosolemitanische, die andere von 500 aber die Babylonische. Die Mischna, verbunden mit der Gemarah, heißt der Talmud. Ohne Unterstützung eines Orientalisten und gewissenhafter Rabbinen wird aber in der Regel kein deutscher Jurist im Stande seyn, über die Verbindungskraft in dem Sinne des Talmud genau zu urtheilen. Uebrigens fehlt ein bestimmtes Gesetz darüber, wie weit das gemeine deutsche Recht für Juden bei uns gilt. Nach

L. 8. Cod. de judaeis (1, 9.) h)

muß man sie im Ganzen darunter stellen, auch wenn man mit

Bessel im rheinischen Museum für Juristen Jahrgang 3. Hft. 2. No. 24.

annehmen will, daß es noch im vierten Jahrhundert Juden gegeben habe, welche vom jure communi romano eximirt waren; denn bei uns sind sie nun einmal vom gemeinen Recht nicht ausgenommen. Indessen pflegt man ihnen ihre nicht verderblichen Gewohnheitsrechte zu lassen, so wie das, was nothwendig aus ihrer Religion folgt, wie z. B. bei Eid und Ehesachen. Bessel hat dieß genauer ausgeführt,

---

h) Judaei communi Romano jure viventes, in his causis, quae tam ad superstitionem eorum, quam ad forum et leges ac jura pertinent, adeant solenni more judicia, omnesque Romanis legibus conferant, et excipiant actiones.

hätte aber noch untersuchen sollen, ob nicht in L. 8. Cod. cit. gelesen werden muß: *non* tam ad superstitionem. Alle Vernunft ist gewiß dafür, auch steht jenes non in der Quelle der L. 8. Cod. cit., nämlich in

L. 10. Cod. Theod. de jurisdict. (2, 1.).

§. 12.

ad voc. **jedoch nur so weit, als es glossirt ist.**

Glossatoren nennt man die Juristen, welche von **Irnerius** bis auf **Accursius**, also bis zur ersten Hälfte des 13ten Jahrhunderts, in Bologna über das corpus juris commentirten. Der letzte sammelte das Beste aus den Anmerkungen der Glossatoren, setzte dieß dem Text bei, und in dieser Form kam das Corpus juris nach Deutschland, also mit Ausschluß der Theile, welche die Glossatoren nicht gekannt, oder als unpractisch nicht commentirt hatten. Später sind diese nicht glossirten Theile vielfach in die Ausgaben aufgenommen, aber nie von der Praxis beachtet worden, theils weil sich ihre Aechtheit nicht einmal beweisen läßt, theils weil ein jus receptum als solches nur so weit Rechtskraft hat, als es recipirt wird. Dieß Prinzip ward auch am Reichskammergericht immer anerkannt; doch hat man auch hier zuweilen aus Unwissenheit unglossirte Theile benutzt.

Walch ad Eckhard hermeneut. jur. §. 282.

Die Institutionen sind ganz glossirt. In den Pandecten sind ohne Glosse:

L. 30. 31. de probat. (22, 3.)
L. 6. §. 4. in fine bis L. 11. de bonis damnat. (48, 20.)
L. 10 — 19. de interdict. et relegat. (48, 22.).

Im Codex sind aber die unglossirten Gesetze sehr zahlreich, und ebenso gibt es auch viele unglossirte Novellen. Die Schriften in nota x geben davon ein Register. Die beste historische Darstellung über die leges restitutas des Codex hat jetzt gegeben

Witte, die leges restitutae des justinianeischen Codex. Breslau 1830.

§. 15.

ad voc. steht juristisch der Anwendung derselben nicht entgegen.

Man hat häufig gesagt, die recipirten Gesetzbücher hätten bei uns keine Kraft, wenn der Grund ihrer Vorschrift bei uns wegfalle, wobei man denn dazu noch häufig die ratio und das objectum legis mit einander vermengte, und neuerlich hat

Schweppe, römisches Privatrecht Aufl. 4. Bd. 1. S. 111.

die Willkühr so weit getrieben, daß er behauptete, das römische Recht sey auch da nicht anzuwenden, wo es vernunftwidrig, despotisch oder zu spitzfindig sey. Ueber das Ganze bemerke man:

1) Gesetze können nicht angewendet werden, wenn ihnen in der Erfahrung ein Object fehlt. Hatten also die Römer Institute, welche uns fehlen, wie es z. B. bei vielen Magistraturen, dem Concubinat und der legitimatio per curiae dationem der Fall ist, so kann natürlich der Unmöglichkeit wegen von der Anwendung des römischen Rechts nicht die Rede seyn.

2) Das Object eines Gesetzes kann fortdauern, aber der Grund, warum anfangs das Gesetz gegeben ward, kann nachher wegfallen, wiewohl gewiß viele unserer alten Einrichtungen mit Rücksicht auf den Geist der jetzigen Zeiten nicht würden eingeführt seyn. Hier haben nun die Theoretiker oft gesagt, daß das Gesetz nach der Regel: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, wegfalle, und daß dieß auch vom römischen Recht gelten müsse. Allein unsere Praxis hat diese Ansicht immer verworfen, und mit Recht. Denn

a) ist jener Gemeinspruch: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, nach dem zu §. 50. citirten Gesetze ganz falsch, und man muß um so mehr denselben verwerfen, da die Gesetzgebung wegen der fixirten Verhältnisse häufig dabei interessirt ist, das Alte beizubehalten, auch wenn es mit Rücksicht auf die jetzigen Umstände nicht würde geschaffen seyn. Dazu kommt nun noch

b) daß jener Gemeinspruch höchstens auf die sehr seltenen Fälle paßt, da der Grund einer römischen Vorschrift nach Reception derselben wegfiel. Denn die Re-

ception geschah im Mittelalter durch Gewohnheitsrecht und ausdrückliche Reichsgesetze unbeschränkt, ohne daß man das Gute und Schlechte, das Zweckmäßige und Unzweckmäßige von einander unterschied, damit man doch wenigstens zu einer vollen Festigkeit des Rechts gelange.

§. 15.

ad voc. der erste Hauptgrundsatz.

Dieser Hauptgrundsatz beruht auf den beiden einfachen und unbestreitbaren Rechtssätzen:

1) Kein Bürger ist an sich der Willkühr eines Andern unterworfen, braucht also auch nur die willkührlichen Gesetze anzuerkennen, denen er sich selbst unterworfen hat.

2) Durch den Eintritt in den Staat stellt sich der Bürger nur unter die Befehle des Regenten, aber nicht unter die Willkühr seiner Mitbürger. Wie er nun den gesetzgebenden Willen des Regenten zu achten hat, so ist er auch schuldig, die Befehle deren zu befolgen, denen der Regent das Recht zu befehlen übertragen hat, wie z. B. die Befehle des Richters oder des Vormunds, wo denn doch Alles wieder nicht aus der willkührlichen Gewalt eines Mitbürgers, sondern aus der Gewalt des Regenten abzuleiten ist.

§. 16.

ad voc. der Gerichtsgebrauch.

Die Praxis hat von jeher angenommen, daß gleichförmige Entscheidungen eines Gerichts, wenn sie nicht gegen die Gesetze oder gegen die Vernunft sind, bei diesem Gericht eine Norm für alle künftigen gleichen Fälle machen. Für dieß Prinzip sind auch entscheidend die Gesetze in nota f. Indeß hat es hier von Zeit zu Zeit Zweifler gegeben. Am frühesten erklärte sich

Vinnius ad Instit. L. 1. tit. 2. §. 9. No. 7.

gegen die Gesetzeskraft des Gerichtsgebrauchs ohne besondere Deduction. Darauf erklärte sich ausführlich gegen den Gerichtsgebrauch

Behrmann, de observantiis collegior. jurid.,

welcher ausser einer Menge erkünstelter politischer Gründe wider den Gerichtsgebrauch, besonders folgendes Dilemma

aufstellt: Entweder ist er den Gesetzen gemäß oder gegen dieselben. Im letzten Fall ist er als illegal nichtig; im ersten aber schafft er kein Gesetz, sondern wendet es nur an. Allein unbegreiflicher Weise hat er vergessen, daß es auch einen Gerichtsgebrauch praeter legem geben kann, d. h. über Punkte, worüber die Gesetze nichts sagen oder unklar sind, und daß es Vieles im Leben gibt, worüber Interpretation und Philosophie nichts Apodictisches sagen können, wo man sich also darüber freuen muß, daß die Gesetze einen nicht unvernünftigen Gerichtsgebrauch zur lebendigen Rechtsquelle erhoben haben, welches auch um so billiger ist, da man von dem Bürger nicht mehr verlangen kann, als daß die Handlungsweise der Gerichte eine Auctorität für ihn sey. Neuerlich hat sich indeß Haus nota f cit., dem nebst Andern auch Jordan l. c. folgte, ausführlich gegen die Rechtskraft des Gerichtsgebrauchs erklärt, aus dem Hauptgrunde, der Richter habe als solcher das Recht nur anzuwenden, aber keine Gesetze zu schaffen, und die

L. 38. de leg. (1, 3.) i)

worauf sich die Praxis stütze, spreche von etwas ganz Anderem, nämlich von dem veralteten Institut, wornach gewisse Juristen berechtigt gewesen seyn sollen, durch ihre responsa Gesetze zu geben. Allein die L. 38. cit. sagt nicht ein Wort davon, sondern spricht schlechthin von rebus perpetuo similiter judicatis. Auch sind die von Haus übersehenen übrigen Gesetze der nota f ganz entschieden für das Prinzip der Praxis, welches die Römer auch schon unter der Republik anerkannten.

Cicero Tab. 5 de inventione II. 23. 24. 54.
Cicero ad Herenn. II. 13.

Dazu kommt nun noch, daß das Gewohnheitsrecht gewiß eine Rechtsquelle ist, und daß die

L. 1. Cod. quae sit longa consuet. (8, 53.)

dem Gerichtsgebrauch gerade die Kraft einer consuetudo beilegt. Uebrigens ist leider in den Gesetzen nicht ent-

---

i) Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.

schieden, wie lange Zeit die Gerichte müssen geurtheilt haben, damit ihre res judicatae Rechtskraft bekommen, und wie groß die Zahl der Urtheile seyn muß, damit man ein perpetuo similiter judicat. annehmen könne. In praxi kann jeder Advokat auf den Sieg rechnen, welcher nur zwei, drei frühere Urtheile (praejudicia) beibringen kann.

Um endlich den Theil des §. 16. zu verstehen, worauf sich die nota g bezieht, nehme man diesen Fall: Die Gesetze verpflichten den unehelichen Vater zur Alimentation des Kindes, nennen aber die Summe nicht. Nun spricht ein Gericht einmal auf 40 fl., ein anderesmal auf 36 fl. und ein drittesmal auf 30 fl. jährlich. Da 30 in 36 und 40 enthalten sind, so wird hier nach der Praxis das perpetuo similiter judicat. auf 30 fl. gesetzt.

§. 17.

ad voc. **eine Norm als verbindlich anerkannt.**

Diese Worte sollen das sagen, was man gewöhnlich so ausdrückt: Damit ein Gewohnheitsrecht entstehe, müssen die Handlungen opinione necessitatis vorgenommen seyn, d. h. als etwas, was rechtlicher Weise verlangt werden könne. Gegen diese Ansicht hat sich zwar erklärt

Klötzer, vom Gewohnheitsrecht S. 189 — 214.,

aber er übersieht ganz, daß es doch eine Lächerlichkeit seyn würde, wenn die Gesetze indifferente Handlungen zum Grund einer Nothwendigkeit machen wollen, und daß das römische Recht in Beziehung auf Gewohnheitsrecht überall nur rede von einem *jus*, quod usus approbavit, oder quod consensu receptum est, welches alles dann darauf hindeutet, daß das, was als rechtlich angenommen war, nun auch nach wie vor als rechtlich von Andern respectirt werden soll. So hat es auch die Praxis immer angenommen, und dafür hat sich denn auch wieder erklärt

Mühlenbruch, doctrina pandectarum tom. 1. §. 38.
Gesterding im Archiv für civilistische Praxis Bd. 3. St. 2. S. 263. 264.

ad voc. **gelten nach römischem Recht nicht.**

Die Praxis hat immer angenommen, daß auch derogirende Gewohnheiten volle Rechtskraft haben. Man ward

zu diesem Princip fast gezwungen durch die Faulheit unserer Gesetzgebungen, namentlich im Fach des Criminalrechts, wobei uns Alles unerträglich geworden wäre, wenn nicht die Praxis an allen Seiten die ungeheure Härte der Carolina gemildert hätte. Dabei konnten sich die Practiker auf die in nota g citirten Decretalen berufen, welche unbestimmt allgemeinen derogirenden Gewohnheiten Gesetzeskraft beilegen und wahrscheinlich beilegen wollten, weil es schon die ältesten Canonisten so angenommen haben. Es gibt indeß Mehrere, welche sagen, man müsse jene Decretalen nach Maaßgabe des römischen Rechts verstehen, welches derogirende Gewohnheiten ganz verwerfe, während Andere sagen, es lasse sie unbedingt zu, und so enthalte das canonische Recht hier nichts Neues. Allein in Beziehung auf das römische Recht muß man so unterscheiden:

1) Der Regent selbst billigt eine einzelne derogirende Gewohnheit. Dann hat sie natürlich eben deßwegen volle Rechtskraft. Nimmt man nun in einem Staat das Princip an, daß der Wille des gesammten Volkes die Urquelle aller Staatsgewalt sey, welches Princip selbst noch zu Justinians Zeit laut ausgesprochen ward,

Theophilus Lib. I. tit. 2. §. 7.
Lythus, de magistrat. reipubl. Roman. pag. 15.,

so muß man auch annehmen, daß ein Gesetz durch derogirende Gewohnheiten des ganzen Volks aufgehoben werde; und so hat es auch Justinian selbst erklärt in

L. 32. §. 1. de leg. (1, 3.) k)
Nov. 89. cap. 15.

Zwar will dieß alles

Schmidt, Gewohnheitsrecht S. 7—50.

nicht glauben, aber bloß weil er Justinian eine despotische Theorie andichtet, wogegen sich derselbe nebst seinen Zeitgenossen selbst erklärt hat.

2) Allein wie verhält es sich mit derogirenden Gewohnheiten, welche nur da und dort im Staate vorkommen? Nach allgemeinen Grundsätzen muß man sie offenbar ver-

k) De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est.

werfen, denn als Act der gesetzgebenden Gewalt können sie nicht gelten, sind also Handlungen Einzelner gegen die Gesetze, mithin nach

L. 5. Cod. de leg. (1, 14.)

eine nichtige Illegalität. Hiefür ist denn auch ganz entscheidend

L. 2. Cod. quae sit longa consuet. (8, 53.) [1]),

wo Constantin im Ganzen alle derogirende Gewohnheiten verwirft, wie es auch die

L. 33. de leg. (1, 3.)

thut, und wie es auch Trajan

Plinii epist. X. 116.

gethan hat. Zwar haben die Gegner die L. 2. Cod. cit. zu Gunsten aller derogirenden Gewohnheiten dadurch einzurichten gesucht, daß sie mit

Noodt, ad Pandectas Lib. 1. tit. 3.

sagen: Constantin entscheide in L. 2. Cod. cit. nur, daß eine Gewohnheit durch eine kaiserliche Constitution aufgehoben werden könne. Allein da hier das vincat auch auf ratio geht, und die ratio doch immer vor der Vernunft da seyn muß, auch dasselbe Wort in demselben Satz nie in einem doppelten Sinn genommen werden darf,

L. 4. §. 2. de vulg. et pupill. substit. (28, 6.),

so muß man offenbar annehmen, daß L. 2. Cod. cit. von neuen Gewohnheiten redet, welche sich gegen ein älteres Gesetz auflehnen; sonst hätte ja auch nicht gesagt werden können: consuetudo vincat legem, sondern nur lex vincat consuetudinem, und wie hätte überhaupt ein Beamter wagen können, dem despotischen Constantin die Frage vorzulegen, ob er glaube, so viel Herr im Lande zu seyn, daß er ein Herkommen verwerfen könne? Noch nüchterner ist es offenbar, wenn

Gesterding im Archiv für civilist. Praxis Bd. 3. St. 2. S. 271—281.

über die L. 2. Cod. cit. dadurch wegzukommen sucht, daß

---

1) Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.

er sagt, der Kaiser sey wohl nur gefragt, ob es in Thesi besser sey, nach einer lex oder nach einer consuetudo zu entscheiden. Die neueste ganz eigene Erklärung findet sich in

G. F. Puchta, das Gewohnheitsrecht, Erlangen 1828. Bd. 1. S. 81 — 91. 117. 118.

Er sieht nämlich in dem Gewohnheitsrecht durchaus nichts, als den überall entscheidenden Volkswillen (welcher doch gewiß an sich in keiner consuetudo *particularis* liegt), und so soll man denn nach seiner Idee die L. 2. Cod. cit. so nehmen, als ob sie nur alle in sich unjuristischen Gewohnheiten, worauf der Volkswille nicht gehen könne, verwerfe, und als ob in dem Gesetz statt der etwas ganz anders sagenden Worte aut rationem vincat aut legem, so geschrieben stehe: contra rationem juris aut legis. Wenn übrigens die Gegner sich auch noch auf

§. 9. J. de jure nat. gent. et civ. (1, 2.)

berufen, so vergessen sie offenbar, daß in den Institutionen immer die feinern Limitationen fehlen, wie sie hier z. B. auch unvernünftige Gewohnheiten nicht verwerfen, obgleich sie nach andern ganz bestimmten Gesetzen ausgemacht verworfen werden müssen.

§. 19.

ad voc. **erfordert, um Gesetzkraft zu erhalten.**

Ueber die positiven Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts ist sehr viel Streit, und häufig hat man viel mehr dazu verlangt, als nöthig ist. Folgendes sind hier die Hauptpunkte:

1) Sehr Viele sind der Meinung, zu jedem einzelnen Gewohnheitsrecht gehöre der consensus specialis des Regenten, weil es im Grunde singulair sey, wenn andere Mitbürger durch ihre gemeine Meinung und Handlungsweise einzelnen andern Bürgern ein Gesetz auflegen wollten. Die Vertheidiger dieser Meinung stützen sich dann noch besonders auf

§. 9. J. de jure nat. gent. et civ. (1, 2.)
pr. J. de acquis. per arrog. (3, 11.)
L. 35. de leg. (1, 3.)
L. 2. Cod. quae sit longa consuet. (8, 53.),

weil hier zu jeder consuetudo ein consensus gefordert werde, und zuletzt legen sie dann auch noch vorzüglich Gewicht auf

L. 32. Cod. de leg. (1, 3.).

Allein es ist dieß alles verkehrt. Das Gewohnheitsrecht ist nämlich in sofern etwas Singulaires, als es sich aus der bürgerlichen Freiheit nicht construiren läßt. Allein das Singulaire wird für uns ganz juristisch und bedarf nicht weiter der Zustimmung des Regenten im einzeln Fall, wenn es der Regent durch ein positives Gesetz generell bestätigt hat, wie wir z. B. an den Testamenten und der Verjährung sehen. Eine solche allgemeine Bestätigung des Gewohnheitsrechts haben wir aber, und nirgends verlangen die Gesetze, daß der Regent noch dazu jede einzelne Gewohnheit expresse oder tacite bestätigen müsse; vielmehr sagt die Decretale in nota z bestimmt das Gegentheil, welches auch alle Vernunft für sich hat. Denn der Regent bekommt in der Regel von keiner Partikulargewohnheit Notiz, und so würde das Gegebene gleich wieder genommen, wenn doch jener consensus specialis ein Requisit seyn soll. Die Citate der Gegner passen gar nicht hieher; denn die L. 32. cit. spricht nach dem vorigen Zusatz bloß von derogirenden Gewohnheiten, und die andern Citate fordern nicht einen consensus specialis des Regenten, sondern der Personen, welche das Gewohnheitsrecht einführen, eben weil es zum Begriff des Gewohnheitsrechts gehört, daß es, wie die Römer sagen, ein consensus *utentium* sey.

2) Viele verlangen zu jedem Gewohnheitsrecht eine gerichtliche Bestätigung. Wäre dieß wahr, so käme man damit wieder auf etwas Schlimmes; denn die gemeine Meinung kann sich ja nicht kräftiger und klarer aussprechen, als wenn niemals darüber gestritten ist, und daher hält der gemeine Verstand auch solche Gewohnheiten besonders heilig. Die Gegner stützen sich zwar auf

L. 34. de leg. (1, 3.)

aber ganz verkehrt. Es wird hier nämlich nicht gesagt, eine consuetudo könne ohne res judicata nicht existiren, sondern es heißt nur: bei dem Streit über die Gewohnheit müsse der Richter vor allen Dingen zusehen, ob res judicatae existirten. Dieß ist nun ganz natürlich, weil, wo schon res judicatae da sind, der Beweis der consuetudo unnöthig wird, und weil es immer Pflicht des Richters ist, unnöthige Beweise abzuschneiden. Ganz verkehrt berufen

sich die Gegner aber noch auf die andern in nota a citirten Gesetze, wo bloß von rebus judicatis die Rede ist, wozu denn ihrem Begriff zufolge stets res judicatae gehören.

3) Oft hat man gesagt: zu jeder consuetudo gehöre eine lange Zeit oder eine recht lange Zeit. Was nun lang sey, wissen Viele von Rechts wegen nicht zu sagen, während Andere des Friedens wegen mehrentheils nach Analogie der Verjährung 10 oder 20 oder 30 oder 100 Jahre gesetzt haben, wo denn

Dabelow, von der Verjährung Bd. 2. S. 108—134.

nach seiner Weise, als befehlender Friedensstifter, in die Mitte getreten ist, und uns Andern erlaubt, zwischen 30, 40 und 50 Jahren zu wählen, dann aber auch bescheiden nicht mehr zu verlangen. Das Wahre an der Sache ist, daß die Gesetze auf einen langen Gebrauch viel Gewicht legen, weil daraus die communis opinio am besten erhellet; allein das Wesen der consuetudo setzen sie sie doch in den consensus utentium. Entstünden also in kurzer Zeit ganz entscheidende Gewohnheiten, wie man es bei eingewanderten Colonien oft gesehen hat, so würde gegen eine solche consuetudo nichts einzuwenden seyn.

4) Fast immer hat man gesagt, daß zu einer Gewohnheit absolute Gleichförmigkeit der Handlungen gehöre. Gewöhnlich berufen sich die Anhänger dieser Idee auf die Gesetze, welche bloß von rebus judicatis handeln, mithin gar nicht hieher gehören. Sodann benutzen sie noch besonders das Wort tenaciter in

L. 3. Cod. quae sit longa consuet. (8, 53.) [m]),

welches auch wieder nicht recht paßt; denn eine unverrückte Handlungsweise läßt sich recht gut denken, auch wenn da und dort einzelne Personen sich einmal eine willkührliche Uebertretung erlauben sollten, welches dann auch bestimmt ausgesprochen ist in

L. 3. §. 6. de test. (22, 5.)

Endlich ist es ganz verkehrt, wenn die Gegner sich noch auf

---

m) Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet: et quod officiis curiis, civitatibus, principiis, vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus.

L. 34. L. 123. §. 1. de reg. jur. (50, 17.) [n]) berufen, denn das erste Fragment spricht ja von einem Fall, wo sich noch keine Gewohnheit im Ganzen fixirt hatte, wie schon die Worte varius fuit zeigen, und das letzte Gesetz handelt von etwas ganz Anderem, nämlich davon, daß die auf immer einer Provinz gegebene Constitution durch eine bloß transitorische abweichende Verordnung nicht auf immer cassirt, sondern nur provisorisch suspendirt werde.

5) Zu einer consuetudo gehört, ihrem Begriff zufolge, eine gewisse Vielheit der Handlungen, und da frägt sich denn, wie groß die Zahl seyn muß. Der Rechtsgewißheit wegen wollen hier Manche Zahlen setzen und sind damit sogar auf zwei und drei gekommen, während Andere alles unbestimmt dem arbitrio judicis überlassen. Allein wenn auch das letzte zugegeben werden muß, weil nirgend eine feste Zahl gesetzt ist, so muß man hier doch ein Princip für das richterliche Ermessen aufstellen, und dieß muß denn nach dem Begriff der consuetudo dahin gefaßt werden: dem Richter sind so viele Handlungen zu beweisen, daß er daraus die gemeine Meinung der Klasse von Personen, wovon die Rede ist, abnehmen kann. Hier muß natürlich die Zahl verschieden seyn, je nachdem die Gewohnheit enger oder weiter ist, z. B. je nachdem von einer kleinen Zunftgewohnheit oder der allgemeinen Gewohnheit eines großen Reichs die Rede ist.

§. 20.

ad voc. die gewöhnlichen Beweismittel.

In Beziehung auf den Beweis des Gewohnheitsrechts ist man gar nicht einig über die Beweismittel, daher hier noch Folgendes darüber zu bemerken ist. Die Hauptbeweismittel können seyn

---

n) Lex 34. Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quod actum est? erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id, quod minimum est, redigenda summa est. — Lex 123. §. 1. Temporaria permutatio jus provinciae non innovat.

1) Zeugen. In dieser Hinsicht verlangen nun Viele eine große Menge von Zeugen (turba testium), ohne eine Zahl anzugeben; während Einige nach gewöhnlichen Prozeßregeln zwei Zeugen für hinreichend halten. Es ist dieß alles aber verkehrt; denn der Richter kann hier nichts weiter verlangen, als Zeugen, welche die zur Existenz der streitigen Gewohnheit nöthigen Facta aus eigener Erfahrung attestiren können. Bei kleinen Localgewohnheiten ist es nun leicht möglich, daß schon zwei Zeugen alle nöthigen Data beibringen können, und da hat es denn keinen Sinn, wenn man absolut eine turba fordert. Aber bei weit umfassenden Gewohnheiten können nach Umständen viel und sehr viel Zeugen nöthig seyn, um die communis opinio ausser Zweifel zu setzen.

2) Urkunden, jedoch nur, wenn sie die Facta attestiren, woraus der Richter auf den consensus utentium schließen kann, indem nach bekannten Prozeßregeln die testimonia in folle nichts gelten; doch pflegen unsere Advokaten gegen dieses Princip oft zu fehlen, indem sie besonders gern unbestimmte Schulzenatteste beibringen, worin diese bloß unbestimmt eine consuetudo attestiren.

3) Eide. Nach Regeln des Prozesses gibt es für die Beweisführer zwei Arten des Eides, nämlich das juramentum suppletorium und das juramentum delatum. Hat der Beweisführer beinahe vollständig oder wenigstens halb bewiesen, so steht es ihm frei, das Fehlende durch seinen eigenen Eid zu ergänzen, aber nur, wenn er de veritate schwören, also versichern kann, daß er die streitigen Facta aus eigener Erfahrung kenne, indem sein bloßer Eid de credulitate nichts ausmachen kann, weil es im Prozesse auf die Wahrheit und nicht auf das Glauben und Meinen der Partheien ankommt. Dabei haben aber auch die Partheien das Recht, sich über die streitigen Thatumstände einen Eid zuzuschieben und so vergleichsweise die Sache abzumachen. Was nun das juramentum suppletorium betrifft, so verwerfen es Manche ganz, weil bei einer consuetudo der Beweisführer nicht alle streitigen Facta vollständig kennen könne; Andere wollen hier deßwegen, als Nothbehelf, ein juramentum de credulitate zulassen; allein mit Recht haben die bessern Practiker mit Kemmerich immer gesagt: der Glaubenseid gelte nichts, also auch hier nicht, aber

ein suppletorium de veritate ist zuzulassen, in sofern der Beweisführer wirklich die streitigen Facta aus eigener Erfahrung kenne, und dieß ist ja unter Umständen leicht denkbar, z. B. wenn ein altes Zunftmitglied eine Zunftgewohnheit behauptet. Das juramentum delatum will Malblank nota o cit. ganz verwerfen, weil es dritten Personen schädlich werden könne. Allein er hat vergessen, daß nach nota p Prozesse zwischen A und B nie gegen Dritte wirken, der Beweis mag nun durch Zeugen, Urkunden oder Eid geführt seyn.

Dritter Abschnitt.

Ueber die Verbindungskraft der Gesetze.

§. 24.

ad voc. aber auch sofort durch diese.

Die in der nota z erwähnte Meinung des Stryk hat unter den Practikern manche Anhänger gefunden, ist aber gewiß an sich ganz absurd und gegen den dürren Buchstaben der

L. 65. Cod. de decurion. (10, 31.),

wornach Gesetze im Zweifel gleich vom Augenblick der Publication an gelten. Die

Nov. 66. cap. 1.

worauf sich Stryk beruft, spricht auch bloß von einem besondern Fall, wo einmal aus Milde zum Einstudiren eine gewisse Zeit gesetzt ward, und solche Ausnahmen haben wir nach nota a auch noch für andere Fälle mit verschiedenartigen Terminen, woraus man denn unmöglich eine Regel bilden kann, weil jede Dispensation nur als Ausnahme zu behandeln ist.

§. 25.

ad voc. nicht aber auf vergangene Handlungen.

Der Grundsatz, daß Gesetze im Zweifel nicht auf praeterita, sondern nur auf futura anzuwenden sind, ist besonders in diesem Augenblick von der höchsten Bedeutung, da unsere

Gesetzgebungen überall schaffend sind, und fast bei jeder Gelegenheit gefragt werden muß, wie man das Alte von dem Neuen zu scheiden habe. Leider sind hier aber tausend Fälle streitig geworden, besonders nachdem der Code Napoléon Artikel 2. das alte Prinzip ausgesprochen hatte, ohne irgend etwas genauer zu bestimmen. Alle Hauptschriften sind in nota f genannt, doch ist ihnen noch hinzuzufügen eine Abhandlung von

Mittermaier, über das Rückwirken neuer Prozeßgesetze, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 10. Hft. 1. Nro. 4.

Die Hauptpunkte, worauf es hier ankommt, sind diese:

1) Wenn Jemand bloß eine Hoffnung hat, dereinst ein Recht erwerben zu können, das Recht selbst aber noch durch kein Factum erworben ist, so hat er eben deßwegen keinen rechtlichen Anspruch darauf, daß ihm das Gesetz diese Hoffnung lassen müsse, und so muß er sie aufgeben, wenn ihm ein neues Gesetz in den Weg tritt, wie z. B. neue Intestatgesetze einen jeden treffen, der bisher noch nicht wirklich ab intestato zu einer Erbschaft gerufen war. Hierin stimmen nun auch alle Theile überein.

2) Die Regel, daß ein Gesetz nicht auf praeterita zu ziehen sey, ist ein bloßer Billigkeitssatz, wodurch gewisse Fälle, obgleich sie unter die Worte eines neuen Gesetzes passen, dennoch durch eine Art restringirender Erklärung von einem Gesetz ausgenommen werden, weil es die höchste Unbilligkeit wäre, für frühere Handlungen das zu verlangen, was erst durch spätere Gesetze sanctionirt ward. Gehören also frühere Facta nicht einmal den Worten nach unter das spätere Gesetz, so sind sie zwar nicht darunter zu ziehen, aber keineswegs deßwegen, weil sie restringirend auszunehmen sind, sondern weil das neue Gesetz gar nicht von ihnen redet. Verböte also z. B. ein Gesetz die Eingehung eines gewissen Geschäfts, so würden alle früher eingegangenen Geschäfte dieser Art gültig bleiben; denn der Ausdruck: thue dieß nicht, paßt ja natürlich nicht auf den, welcher bereits gethan hat, aber nicht aufs Neue thun will.

3) Die erwähnte Regel über praeterita und futura kann also nur auf den Fall gehen, da ein neues Gesetz buchstäblich auch auf die Personen paßt, welche schon früher

gehandelt, und unter dem Schutz des ältern Rechts eine andere Befugniß erworben hatten. Für solche Fälle ist nun die Sache, legislativ, oft sehr schwierig; denn wenn es auch die Billigkeit fordert, die einmal begründeten Rechtsverhältnisse heilig zu halten, so wird doch diese Billigkeit wieder dadurch schwierig, daß jedes neue Gesetz sich für das beste halten wird, und daß man mithin allen Grund hat, die absolute Wirksamkeit desselben so schnell als möglich eintreten zu lassen, besonders wenn das neue Recht massenweise das ältere ändert und Institute neu modificirt, welche überall im bürgerlichen Leben tief eingreifen, wie z. B., wenn ein ganz neues Ehe- und Tutelarrecht oder ein ganz neues Hypothekensystem aufgestellt wird.

Da nun besonders in Beziehung auf den Code Napoléon, welcher für Europa bestimmt war, die Hauptrichtung auf möglichst schnelle Einheit ging, da nicht wenige unserer Juristen so schnell als möglich das Alte zu vernichten wünschten, weil sie wenig davon verstanden und sich gerne höchsten Orts empfehlen wollten, und da alles Absolute seinen eigenen Reiz hat, so ward in den Schriften der nota f immer mehr die Wendung genommen, auch die ältern Rechtsverhältnisse in Ansehung ihrer Folgen unter die Principien des neuen Rechts zu stellen. Selbst Weber, ungeachtet seiner guten deutschen Gesinnungen, ist tief in diese Ideen eingegangen, indem er sogar die rechtlichen Folgen eines alten Vertrags für vernichtet hält, wenn ein neues Gesetz dessen Wirkungen auf andere Art bestimmt. Allein das römische Recht ist durchaus nicht dafür, vielmehr entschieden für den Satz, daß alle jura quaesita im Zweifel geachtet werden sollen, selbst da, wo von den künftigen Folgen eines ältern Rechtsverhältnisses die Rede ist. Dieß beweisen alle Gesetze in nota f. h., und selbst der

Code Napoléon Art. 2281.

hat auf diese mildere Idee hingedeutet, deren ausführliche Rechtfertigung sich denn auch findet in den Schriften von Herrestorff und Bergmann.

Das Einzige, was man für jene schlechte Idee anführen kann, ist

L. 27. Cod. de usuris (4, 32.),

wo Justinian vorgeschrieben hat, daß Niemand mehr als die in

L. 26. Cod. ibid.

genannten Prozente nehmen dürfe, auch wenn er vor L. 26. cit. sich höhere Zinsen bedungen habe. Diese Vorschrift, welche schon ältere Juristen zu den sonderbarsten Theorien verleitete, war aber nichts, als die Anwendung eines Gesetzes ad praeterita, dergleichen sich die Kaiser im Nothfall auch sonst wohl erlaubten; denn in L. 26. Cod. cit. war wörtlich nur das Stipuliren höherer Zinsen verboten. Das Gesetz sprach also buchstäblich nur von denen, welche nachher stipuliren wollten; nicht aber von denen, welche stipulirt hatten, und diesen war das gut begründete Nehmen nicht untersagt. Der Kaiser thut hier also aus polizeilichen Gründen einen Machtspruch, welcher aus sonstigen Auslegungsregeln nicht folgte. Dieß sieht man auch aus

L. ult. Cod. de pact. pign. (8, 35.). o)

Hier vernichtete Constantin die lex commissoria bei Verpfändungen (§. 649.), und zwar war es Wille des Kaisers, daß dieser schädliche Vertrag selbst pro praeterito cassirt werden sollte. Allein dazu hielt er die generelle Vorschrift nicht für hinreichend, sondern setzte namentlich hinzu, daß seine Verordnung auch gegen frühere pacta commissoria gerichtet, also ad praeterita gezogen werden solle.

ad voc. die authentische Auslegung.

Das Gegentheil dieses Satzes haben Manche für den Fall behauptet, wenn die authentische Interpretation ein dunkles und sinnloses Gesetz erkläre, wo sie als etwas Neues nicht rückwärts wirken könne. Allein man muß diese Idee verwerfen, theils wegen des klaren Gesetzes in nota g, theils auch vermöge der Natur der Sache; denn wenn der Regent sagt: ich interpretire dieß Gesetz dahin, so heißt dieß nichts anders als: das Gesetz hat diesen Sinn, und ihr hättet ihn finden können, wenn ihr die Sache recht angesehen hättet. Freilich kann dieß Vorgeben unwahr seyn, aber

---

o) Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae (pignorum) legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare quod dederunt.

der Richter kann dagegen nichts anfangen, so wenig, wie gegen ein Gesetz, das der Regent namentlich ad praeterita gezogen hat. Man darf indeß aus diesen Gesetzen nicht ableiten, daß alles, was bei uns unter dem Namen Erklärung oder Erläuterung erscheint, als wirkliche authentische Interpretation zu behandeln sey; denn unter jenem Ausdruck verstehen die Regierungen oft auch wahre Nachträge und Zusätze, wie wir ja z. B. unter dem Titel „Erläuterungen" ganze neue Prozeßordnungen haben. Der Satz des Compendiums kann also nur gelten, wenn der Regent darauf besteht, daß seine sogenannte Erklärung wirklich nach Auslegungsregeln mit dem Gesetze zusammentreffe.

§. 28.

ad voc. ein gehörig publicirtes Recht.

Von dem ungeschriebenen Recht ist in §. 28. nichts besonderes gesagt. Nach den Grundprinzipien desselben ergeben sich indeß darüber folgende Regeln von selbst:

1) Wenn der Unterthan die Facta kennt, woraus nach den Gesetzen das Gewohnheitsrecht folgt, sich aber darin irrt, daß er glaubt, es folge nicht daraus, so existirt hier ein wahrer error juris, und dann muß das gelten, was das Compendium unter Nro. I. über einen solchen Irrthum gesagt hat.

2) Sind dagegen die Facta, welche ein Gewohnheitsrecht begründen, nicht zur Kenntniß des Unterthanen gekommen, so befindet er sich nun in einem reinen error facti, und dann müssen die im Compendio unter Nro. II. aufgestellten Grundsätze gelten.

Volkmar, Beiträge z. Gewohnheitsrecht §. 45—57.

ad voc. selbst sein erworbenes Vermögen verringernden nachtheiligen Folgen seines Irrthums tragen muß.

Es gibt Mehrere, welche behaupten: eine culpose ignorantia juris schade nur, wenn de lucro captando die Rede sey, sie werde aber verziehen, wenn es auf einen positiven Schaden des Irrenden ankomme, und nur davon müsse man

L. 9. §. 3. de jur. et fact. ignor. (22, 6.) p)

verstehen. Allein es ist dieß offenbar unrichtig; denn

1) ist es ja Regel, daß der Schade, den Jemand durch seine culpa leidet, juristisch betrachtet werden soll, als ob er ihn gar nicht getroffen habe.

2) In L. 9. §. 3. cit. ist ausdrücklich gesagt, die culpa solle dem Irrenden detrimento seyn, und gerade dieser Ausdruck bezeichnet mehr den positiven als den negativen Schaden. Dazu kommt, daß in

L. 9. §. 5. ibid.

wo, wie der folgende Zusatz zeigen wird, nur von einem positiven Schaden die Rede ist, dennoch dem Irrenden die Rückforderung versagt wird, von dem man sagen könne, daß er ein stultus sey.

ad voc. War der Irrthum entschuldbar.

Um alles das, was das Compendium nachher über diesen Punkt gesagt hat, ganz genau zu verstehen und exegetisch zu erklären, sind noch folgende Bemerkungen nöthig:

I. Wenn vom Gewinn (de lucro captando) die Rede ist, so haben wir

1) die Regel, daß der entschuldbare Irrthum nicht verziehen wird, und namentlich auch nicht den Weibern.

L. 7. 8. de jur. et fact. ignor. (22, 6.) q)

L. 11. Cod. eod. (1, 18.).

Daher schadet der Rechtsirrthum absolut dem, welcher verjähren will.

L. 4. de jur. et fact. ignor. (22, 6.) r)

---

p) Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet; vel sua prudentia instructus sit; ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia, quod raro accipiendum est.

q) Lex 7. Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus; suum vero petentibus non nocet. — Lex 8. Error facti ne maribus quidem in damnis, vel compendiis obest; juris autem error nec foeminis in compendiis prodest; caeterum in omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.

r) Juris ignorantia in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat.

L. 31. de usurp. (41, 3.). [s])

Gewöhnlich pflegt man auch noch

L. 9. §. 5. h. t. (22, 6.)

L. 9. Cod. ad leg. Falcid. (6, 50.) [t])

hieher zu ziehen, aber ohne Grund; denn was der Erbe als Quarta Falcidia (§. 763.) einbehalten kann, das gehört ihm schon an sich als sein Eigenthum

L. 26. pr. ad leg. Falcid. (35, 2.),

folglich vertirt er de damno vitando, wenn er es irrig herausgab. Diese Fragmente sind also darauf zu beziehen, daß die *juris* ignorantia als culposa im Zweifel nicht entschuldigt wird, auch wo de damno vitando die Rede ist.

2) Ausnahmen jener Regel finden statt:

A) Wenn Jemand aus schuldloser Unwissenheit die Fristen der bonorum possessio versäumt,

L. 10. de bonor. poss. (37, 1.)

L. 6. 8. Cod. qui admitti (6, 9.). [u])

Diese besondere Milde paßte um so mehr zu dem Edict, da man angefallene Erbschaften im gemeinen Leben als etwas nimmt, was man schon hat, und da es zu empfindlich ist, solche schöne Segnungen durch einen kleinen Mißgriff zu verlieren. Allein deßwegen ist es auch verkehrt, wenn

Huber ad Pandectas Lib. 22. tit. 6. §. 2.

aus jener Eigenheit des Edicts die Regel bildet, daß bei

---

s) Nunquam in usucapionibus, juris error possessori prodest; et ideo Proculus ait, si errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum; usucapi non posse: quia juris error est.

t) Error facti, quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet: quin etiam si jus ignoraverit, cessat repetitio.

u) Lex. 8. Quicunque res ex parentum vel proximorum successione jure sibi competere confidit: sciat sibi non obesse; si per rusticitatem, vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcunque aliam rationem intra praefinitum tempus bonorum possessionem minime petisse noscatur: quoniam haec sanctio hujusmodi consuetudinis necessitatem mutavit.

dem Gewinn den Bauern überhaupt der Rechtsirrthum verziehen werde.

B) Minderjährigen, welchen das römische Recht überall verzieh, wird auch beim Gewinn der Rechtsirrthum nachgesehen.

L. 7. §. 6. de minorib. (4, 4.)
L. 11. Cod. h. t. (1, 18.).

C) Dasselbe soll nach der Meinung Vieler auch in Ansehung der Soldaten gelten,

Glück Bd. 22. S. 354 — 358.,

und zwar wegen

L. 9. §. 1. h. t. (22, 6.).

Allein mit Recht läugnet

Markart exerc. II. c. 3. §. 3.,

daß ein Soldat überhaupt auszunehmen sey, wenn er auf das Gewinnen ausgehe, indem jenes Fragment nur von einem besondern Fall einer deferirten Erbschaft redet, und in sofern aus den obigen Gründen gar nicht ausgedehnt werden darf.

II. Ist vom Vermeiden eines positiven Schadens (de damno vitando) die Rede, also von dem, was die Römer im Ganzen nur als den eigentlichen Nothfall behandeln, so haben wir

1) die Regel, daß allen Personen der entschuldbare Rechtsirrthum verziehen wird, wie die Gesetze in nota x beweisen. Nur darüber hat man viel gestritten, ob das, was aus Rechtsirrthum gezahlt wird, auch zurückgefordert werden könne; eine Frage, welche um so leichter möglich war, da die Römer auch sonst wohl dem Besitzer zwar immer eine Einrede gestatten, ihm aber nach der Herausgabe die Rückforderung versagen, z. B. §. 108. nota q, §. 569. a. E. nota b. Man hat über jene Frage zwei entgegengesetzte Theorien. Einige gestatten absolut die Zurückforderung; Andere aber verwerfen sie unbedingt. Die erste Parthei beruft sich auf die Gesetze, worin unbeschränkt gesagt wird, Niemand solle sich mit dem Schaden eines Andern bereichern, und wenn man eine Nichtschuld aus Irrthum erfüllt habe, so könne das Gegebene condictione indebiti zurückgefordert werden.

L. 14. L. 26. §. 12. L. 38. L. 40. L. 54. L. 59. de cond. indebiti (12, 6.). [x])
L. 5. Cod. eod. (4, 5.). [y])

Dazu beruft sich diese Parthei noch auf
L. 7. de jur. et fact. ignorant. (22, 6.),
wo es allgemein heißt: „juris ignorantia *suum* petentibus non nocet.“ Die zweite Parthei stützt sich auf Gesetze, in denen allgemein gesagt wird, die condictio indebiti finde nur statt, wenn ex errore facti, nicht aber wenn ex errore juris gezahlt sey.
L. 3. pr. ad S. C. Macedonianum (14, 6.)
L. 29. §. 1. mandati (17, 1.) [z])
L. 6. L. 10. Cod. de jur. et fact. ignorant. (1, 18.) [a])
L. 6. L. 7. L. 9. Cod. ad leg. Falcid. (6, 50.) [b]).

Allein genau betrachtet, muß man doch der ersten Parthei Recht geben, in sofern sie ihren Satz so stellt, daß die Rückforderung stattfindet, wenn erwiesen wird, daß der Irrthum entschuldbar war; denn für diesen Fall ist in
L. 7. L. 9. §. 3. de jur. et fact. ignor. (22, 6.) [c])

---

x) Lex 14. Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. — Lex 54. Ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit.

y) Si a patre emancipatus, ei non intra tempora praestituta jure honorario successisti: quicquid indebitum postea per errorem (utpote patris successor) dedisti, ejus condictionem tibi competere, non est incerti juris.

z) Non male tractabitur: si, cum ignoraret fidejussor, inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat? et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest, si vero jus, aliud dici debet.

a) Lex 10. Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum, repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.

b) Lex 9 Error facti, quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet: quin etiam si jus ignoraverit, cessat repetitio.

c) Lex 7. Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. — Lex 9. §. 3. Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia, quod raro accipiendum est.

ganz allgemein Verzeihung versprochen, und wenn allgemein der Rechtsirrthum getadelt wird, so liegt der Grund darin, weil er in der Regel nicht entschuldbar ist, wo denn natürlich die Entschuldbarkeit erwiesen werden muß, daher auch in

L. 9. §. 5. eod.

die repetitio ob errorem juris nicht der repetitio wegen verworfen wird, sondern weil man ein stultus sey, wenn man das Recht nicht kenne. Solche Fälle, daß die Regel nach dem gewöhnlichen Allgemeinen gestellt wird, daß aber doch nachher Ausnahmen zugelassen werden, findet sich im römischen Recht überall,

Thibaut, civilist. Abhandlungen S. 184—190.

und namentlich in dieser Materie. So wird z. B. von Paulus in

L. 9. pr. eod.

allgemein gesagt, der Rechtsirrthum schade, aber nicht der error facti, und doch haben beide Sätze ausgemacht ihre Beschränkung.

2) Ausgenommen von jener Regel, nämlich in sofern, als sie die Entschuldbarkeit ihres Rechtsirrthums nicht zu beweisen brauchen, sind ganz oder zum Theil folgende Personen:

A) Minderjährige, nach nola z.

B) Soldaten, nach nota a.

C) Personen, welche an einer natürlichen Stumpfheit laboriren, nach nota b.

D) Weiber, jedoch nur in gewißermaaße. Nach

L. 9. pr. h. t. (22, 6.)
L. 13. Cod. eod. (1, 18.)

sollen sie nämlich, wie Männer, in der Regel keine Verzeihung erhalten (d. h. ihre culpa wird bis zum vollen Gegenbeweis präsumirt); doch soll man sie in den Fällen, wo es namentlich gesagt ist, schonen, also keinen Beweis des schuldlosen Irrthums von ihnen fordern. Solche Ausnahmen treten nun nach den Gesetzen in nota d. e. ein bei einigen Verbrechen, und dann in dem schlimmsten aller Fälle, wenn sie ex errore juris ein indebitum als debitum bezahlen. Irrig ist es also, wenn

a) Markart l. c. §. 12 wegen

L. 10. Cod. h. t. (1, 18.)

behauptet, den Weibern werde selbst bei der repetitio indebiti der Rechtsirrthum nicht verziehen; denn dieß Gesetz redet gar nicht besonders von Weibern, und in einem Gesetz der nota e steht aufs bestimmteste, daß im Fall der solutio indebiti für Weiber eine Ausnahme gemacht werden solle.

b) Eben so irrig ist es, wenn

Klein, de innoxia mulier. ignor. Rostock 1697.

der Meinung ist, den Weibern werde stets beim Verlieren der Irrthum verziehen; denn alle obigen Allegate sagen ja aufs deutlichste, daß sie in der Regel wie Männer behandelt werden sollen, und daß nur für den Fall der Zahlung eines indebiti eine Ausnahme zu machen sey. Schließen also z. B. Weiber ex errore juris verderbliche Geschäfte ohne ein indebitum zu bezahlen, so tritt für sie die gemeine Regel ein, d. h. der Irrthum schadet ihnen, sofern sie nicht die Schuldlosigkeit desselben beweisen. Endlich ist es

c) ebenfalls unrichtig, wenn

Huber Lib. 22. tit. 6. §. 2.

die Weiber den Männern ganz gleich stellt, weil ja auch den letztern bei einer positiven Beschädigung allgemein verziehen werde. Offenbar hat er nicht erwogen, daß die Männer, um Verzeihung zu erhalten, ihre Schuldlosigkeit erweisen müssen, daß es mithin ein Vorzug der Weiber ist, wenn sie als solche, mithin ohne Beweis der Schuldlosigkeit, in einzelnen zu ihrem Vortheil ausgenommenen Fällen geradezu Verzeihung erhalten, sofern ihnen nicht umgekehrt ihr Muthwille bewiesen wird.

ad voc. daher der bloße Eid desselben nicht genügt.

Gewöhnlich pflegt man wegen der in nota * citirten vier Decretalen zum Beweise des Irrthums den eigenen Eid dessen, welcher seinen Irrthum behauptet, für hinreichend zu halten. Dieß ist gegen die sehr weise Regel in

L. 3. pr. de jurejurando (12, 2),

und läßt sich aus jenen Decretalen auch schwerlich vertheidigen; denn die erste und dritte redet nur von der

Verwirkung einer Strafe, wo man es gerne immer am gelindesten nimmt, und die letzte redet von einem besondern Fall, wo das erwiesene Factum den Irrthum schon an sich sehr wahrscheinlich machte, wo also der Eid als ein suppletorium gelten konnte. Nur die zweite Decretale könnte hier Zweifel erregen, weil die accusatio einer Ehe, welche gegen impedimenta dirimentia (§. 384.) eingegangen war, bloß auf den Eid des Accusators, daß er das Aufgebot nicht gekannt habe, zugelassen werden soll. Erwägt man indeß, daß hier gerade von dem die Rede war, was die Päbste am mehrsten haßten, und wegen dessen sie auch sonst ausserordentliche Maaßregeln zuließen, so kann man auch durch jene Decretale die Theorie der Gegner nicht begründen.

Was endlich den Umstand betrifft, daß bei der ignorantia facti alieni bloß die culpa lata, aber keine geringere culpa angerechnet wird, so kann darüber erst im Zusatz zu §. 253. der nöthige Aufschluß gegeben werden.

Vierter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Umfangs.

§. 29.

ad voc. In Rücksicht des Umfangs betrachtet.

In Beziehung auf diese Eintheilung heißt es gewöhnlich in den Compendien so: Die Gesetze sind entweder geschrieben oder ungeschrieben. Die ersten waren bei den Römern: Volksgesetze, Senatusconsulte, Edicte der Magistraten und Constitutionen der Kaiser. Die letzten hatten folgende fünf Arten: edicta, mandata, decreta, rescripta und privilegia. Allein es ist in diesen Eintheilungen viel Unlogisches; denn die eben erwähnten fünf Arten waren nicht gerade den Constitutionen eigen, da ja z. B. durch Volks- und Senatsschlüsse Privilegien ertheilt, Prozesse entschieden und Instructionen an Beamten gegeben werden konnten. Auch sind jene fünf Arten der Constitutionen nicht einmal unter sich einander entgegengesetzt, indem ja z. B. ein Rescript und ein Decret auch ein Privilegium ertheilen konnte.

Um hier die Verwirrung aufzuheben, muß man die verschiedenen Theilungsgründe unterscheiden, und zwar so:

I. In Rücksicht des Ursprungs sind alle Gesetze jus scriptum oder non scriptum, auf die Weise, wie in §. 8 — 23. angegeben ist.

II. In Rücksicht des Umfangs sind sie entweder

1) generales, wenn sie eine Regel aufstellen, welche für Jeden unter gleichen Umständen gilt; oder

2) personales, wenn sie nur für gewisse Individuen etwas bestimmen. Dahin gehören denn nicht bloß die privilegia, d. h. Ausnahmen vom gemeinen Recht für einzelne Privatpersonen, sondern auch andere persönliche Verordnungen, welche vom bestehenden Recht nicht abweichen, wie es bei den Rescripten, Decreten und Mandaten der Kaiser der Fall war.

III. In Rücksicht der Publicationsart sind die Gesetze entweder allgemein publicirt oder nicht, worüber in §. 33. und 34. besonders gehandelt ist.

IV. In Rücksicht ihrer juristischen Natur sind die Gesetze entweder

1) jus commune, wenn sie Regeln aufstellen, welche streng juristische Gründe für sich haben, und

2) jus singulare, wenn sie auf unjuristischen und sehr sonderbaren Gründen beruhen.

Weil bei den Römern singulare auch oft so viel als das bezeichnet, was sich auf eine Einzelnheit bezieht,

L. 122. de verb. signif. (50, 16.),

so pflegen die Mehrsten jus commune und singulare so zu unterscheiden: das erste sey eine für alle Bürger geltende Regel, das letzte aber eine Regel für eine gewisse Klasse von Personen. Allein die Römer sehen hier nicht auf die Zahl der Personen, sondern auf die innere juristische Natur, und nennen so eine jede noch so umfassende Verordnung ein singulare, welche, juristisch betrachtet, eine Sonderbarkeit enthält, während sie das in sich juristisch Gute jus commune nennen, auch wenn es nur für eine Klasse von Personen gilt, z. B. der Satz, daß ein furiosus nicht contrahiren, und daß ein Weib kein Weib heirathen kann. Die Allegate in nota i beweisen dieß ganz klar, und dann auch noch

L. 15. de reb. cred. (12, 1.)
L. 2. §. 1. de jure codicill. (29, 7.)
L. 23. §. 1. L. 44. §. 1. de acquir. possess. (41, 2.)
L. 44. §. 3. de usurpat. (41, 3.) [d])
L. 2. §. 16. pro emptore (41, 4.).

Da es ein Verdienst ist, gute Rechtssätze zu erweitern, die Rechtsverfassung aber leidet, wenn das juristisch Sonderbare vermehrt wird, so erklärt es sich aus jenem richtigen Begriff, warum die Römer nach §. 42. den Satz annahmen, daß wohl ein jus commune, keineswegs aber ein jus singulare durch analogische Schlüsse ausgedehnt werden dürfe.

§. 30.

ad voc. oder ohne einen solchen.

Die Zahl derer, welche behaupten, jedes Privilegium werde durch einen Vertrag erworben, ist nicht unbeträchtlich, obgleich der Irrthum dieser Parthei in die Augen fällt. Denn wenn der Regent eine Person ohne oder sogar wider ihren Willen vom gemeinen Recht eximirt, so ist es widersprechend, wenn man einen solchen Machtspruch einen Vertrag nennen wollte. Dabei läßt es sich auch denken, daß Privilegien ohne Consens des Regenten erlangt werden, z. B. wenn sie Jemand durch unvordenkliche Verjährung erwirbt.

Wasmuth, de privilegiorum natura, cap. 1. §. 2.

ad voc. so heißen sie realia.

Das Wort privilegium reale haben erst unsere Juristen aus dem römischen Ausdruck: privilegium in rem, gebildet. Da nun die Römer alles, was auf irgend eine Art absolut wird, in rem nennen (worüber im Zusatz zu §. 61. noch viel gesagt werden wird), so heißt ihnen privilegium in rem jedes Privilegium, was über den Privilegirten hinaus, auch andern zu statten kommt, und dieß kann dann geschehen:

1) wenn es an den Besitz einer Sache geknüpft ist, und

d) Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat: sed haec jure singulari recepta sunt.

so auf jeden nachfolgenden Besitzer der Sache übergeht, z. B. die einem Rittergut verliehene Steuerfreiheit;

2) wenn es auch den Erben des Privilegirten zu statten kommt, und

3) wenn auch der Bürge eines privilegirten Hauptschuldners sich dessen Privilegien mit aneignen kann.

Unsere neuern Juristen pflegen fast immer nur die vorhin unter Nro. 1. genannten Privilegien realia oder in rem zu nennen, und dadurch ist denn

Hert de transit. privileg. ad alios (in opusc. V. 1. T. 3. p. 16.)

veranlaßt, die unter Nro. 2. 3. erwähnten Privilegien, welche die Römer auch in rem nennen, als eine separirte dritte Art, unter dem Namen privilegia mixta, hinzustellen. Uebrigens hat

Alef, figmentum privilegiorum realium. Heidelberg 1741.

die privilegia realia in dem vorhin unter Nro. 1. angegebenen Sinn ganz geläugnet, weil sie einen Unsinn involvirten, indem ja eine Sache kein Recht oder keine Befugniß zu handeln haben könne. Allein er chikanirt hier offenbar die Worte. Niemand hat jemals sagen wollen, daß z. B. bei dem einem Landgute verliehenen Privilegium des Jagens, das herrschende Landgut auf die Jagd gehe, sondern man wollte dadurch nur ausdrücken, daß jeder Eigenthümer des herrschenden Gutes, als solcher, zur Ausübung des Privilegiums die Befugniß erhalte.

ad voc. welche unentgeldlich erworben wurden.

Nach dem Vorigen kann ein Privilegium auf dreifache Art in rem seyn, und so muß denn auch hier dieses Dreifache untersucht werden, wenn man frägt, ob ein Privilegium im Zweifel in rem sey, welche Frage viel bestritten ist, zum Theil auch deßwegen, weil der Eine das Wort in diesem, der Andere in jenem Sinn nahm, und nun die Partheien nicht einmal ihre Worte verstanden. Hiernach gibt es hier nun folgende Fragen:

1) Kommt ein Privilegium des Hauptschuldners im Zweifel auch dessen Bürgen zu statten? Dieß ist nach §. 953. nota l. m. unläugbar zu bejahen.

2) Geht das einer Person verliehene Privilegium im Zweifel auch auf deren Erben? Viele verneinen dieß, während Andere es bejahen, wodurch denn wieder Manche zu willkührlichen Distinctionen veranlaßt sind. Die bejahende Parthei hat zwar nach §. 719. die Regeln des gemeinen Rechts für sich; allein da in

L. 68. de reg. jur. (50, 17.)

gesagt ist: ein Privilegium erlösche im Zweifel mit dem Tode, wenn es wegen persönlicher Eigenschaften gegeben sey, dieß aber wohl gewiß in der Regel immer bei geschenkten, nicht aber bei gekauften Privilegien der Fall ist, so hat es gewiß viel für sich, wenn die mehrsten Practiker mit

Gail, observ. L. 2. cp. 2. 10.

behaupten: ein unentgeldlich verliehenes Privilegium gehe im Zweifel nicht auf die Erben, wohl aber ein titulo oneroso erworbenes, wobei es sich aber von selbst versteht, daß Rechte, welche schon nach dem gemeinen Recht nicht auf die Erben gehen, auch dann den Erben nicht zu statten kommen, wenn sie in Form eines Privilegiums sollten verliehen seyn.

L. 4. de servit. praed. rust. (8, 3.)
L. 1. §. 43. de aqua quotid. (43, 20.) e)

Wenn übrigens jetzt

Schweppe, römisches Privatrecht, Aufl. 4. Bd. 1. S. 61.

im Zweifel alle einer Person gegebenen privilegia für personalia erklärt, und zwar wegen

L. 1. §. 1. de jure immunit. (50, 6.) f)
L. 3. §. 1. de censibus (50, 15.), g)

---

e) Et datur interdum praediis, interdum personis. Quod praediis datur, extincta persona non extinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur; ideoque neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem, vel qualemcunque successorem transit.

f) Personis datae immunitates heredibus non relinquuntur.

g) Rebus concessam immunitatem non habere intercidere, rescripto imperatoris nostri ad Pelignianum recte expressum est: quippe personis quidem data immunitas cum persona extinguitur: rebus nunquam extinguitur.

so steht ihm entgegen, daß hier nur von immunitatibus die Rede ist, wobei, weil eine Person Erben in infinitum haben kann, der Uebergang auf die Erben schon an sich etwas ist, was in der Absicht des Verleihers nicht liegen konnte.

3) Geht ein Privilegium, welches einer Person für sich oder für sich und ihre Nachkommen verliehen ist, auch auf den über, welcher bloß als successor singularis ein immobile von dem Privilegirten erwirbt? Diese Frage muß man nun allerdings mit Vielen verneinen, aber nicht sowohl deßwegen, weil privilegia stricte oder im engern Sinn, sondern schon deßwegen, weil sie nicht gegen die Worte auszulegen sind. Denn der successor singularis, welcher nach der Sprache unter dem Wort Nachkommen nicht begriffen wird, stellt mit seinem antecessor nicht eine Person vor. Gibt nun z. B. der Regent dem A, welcher in einem Hause wohnt, ein gewisses Privilegium, aber gibt er es ihm nicht in der Eigenschaft eines Besitzers des Hauses, so kann er es auch mit dem Hause nicht auf seinen successor singularis übertragen, aus dem einfachen Grund, weil es der Regent nicht mit dem Besitz des Hauses verknüpft hat.

§. 32.

ad voc. immer Zwangsrechte.

Dieses Wort „immer" ist gegen

Müller ad Leyser obs. 44.

gerichtet, welcher behauptet: die gemeine Regel, daß jedes Privilegium ein Zwangsrecht mit sich führe, falle bei negativen Privilegien weg, z. B. wenn der Unterthan das Privilegium der Steuerfreiheit bekommen habe. Allein es ist dieß ganz verkehrt, oder wenigstens ein klägliches Spiel mit Worten. Durch ein negatives Privilegium bekommt nämlich der Privilegirte zwar nicht das Recht, mit Zwang durchzusetzen, daß man ihm positive Handlungen gestatte; allein eine Freiheit bekommt er doch dadurch, und in sofern auch das Recht, diese Freiheit durch Zwang abwehrend gegen die zu vertheidigen, welche ihn zu der ihm erlassenen positiven Handlungsweise zwingen wollen.

Fünfter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Ansehung der Art ihrer Bekanntmachung.

§. 33.

ad voc. sanctiones oder jussiones pragmaticae.

Die Antworten des Kaisers auf Anfragen einer universitas in öffentlichen Angelegenheiten haben daher ihren Namen, weil sie wegen der den Communen zu beweisenden Achtung in der Form eines Gesetzes (einer sanctio, jussio) expedirt werden mußten, und weil Gemeinheiten an sich nur über ihre öffentlichen Angelegenheiten (pragma) anfragen können. Nach

Guyet, Abhandl. S. 46. nota 14.

soll der Name daher gekommen seyn, weil solche Rescripte durch die sogenannten pragmaticos, d. h. die Schreiber des Kaisers, hätten geschrieben werden müssen. Allein offenbar wäre es doch zu viel gewesen, das Antwortschreiben nach dem Copisten zu tituliren, besonders da Alles, was schriftlich vom Kaiser ausging, durch dessen Copisten mundirt werden mußte. Wenn übrigens bisher gewöhnlich gesagt ist, die Antwort des Kaisers an Privatpersonen hätte nicht, wie die an Magistrate, epistolae, sondern annotationes oder subnotationes geheißen, wie es auch jetzt

Guyet S. 39—46.

behauptet hat, so ist dieß nicht zu erweisen. Der Name epistolae, wie der Name rescripta, kommt überall vor, ohne Unterschied, ob an magistratus oder privatos die Antwort erlassen war, und nur adnotationes und sanctiones pragmaticae werden einander entgegengesetzt, indem auch wohl die letzten vorzugsweise rescripta genannt, die ersten bloß auf Antworten an einzelne Personen bezogen, und beide unter dem Gattungswort rescriptum ad oraculum principis begriffen werden, wie alle Allegate in Brissonius sub voce adnotatio beweisen. Man begreift auch jenen Sinn des Wortes adnotatio leicht, da man überhaupt darunter nur kurze Aufzeichnungen versteht, und da die kaiserlichen Rescripte an Magistrate (wie schon *Plinii* epistolae be-

weisen) nur kurz durch ein Handbillet expedirt wurden, welches auch bei Antworten an Privatpersonen nicht formlos seyn konnte; so setzte auch Justinian in der

Const. haec, quae de novo codice faciendo §. 2. in fine

den sanctionibus pragmaticis an moralische Personen bloß die Rescripte ad certas personas entgegen, ohne zu unterscheiden, ob der Einzelne ein Magistrat oder ein Privatmann sey. Nach einer neu entdeckten Constitution des Codex Theodosianus, welche man in der besten Ausgabe aller neu aufgefundenen Theile jenes Codex, nämlich in

Wenck, Cod. Theod. L. V. pag. 19. 20.,

findet, hatte adnotatio auch noch den engern Sinn, daß es alle in das Staatsprotokoll kurz eingetragenen kaiserlichen Resolutionen bezeichnete, und zwar im Gegensatz der solennen Ausfertigungen, welche nachher in Gemäßheit des Protokolls gemacht werden mußten.

ad voc. die Interlocutiones.

Gewöhnlich pflegt man zu sagen: decreta waren Urtheile des Kaisers, wodurch der Hauptpunkt eines Prozesses entschieden ward; interlocutiones aber kaiserliche Entscheidungen, welche nur auf Nebenpunkte eines Prozesses gingen. Allein man legt hier dem römischen Recht bloß die Kunstsprache sächsischer Processualisten unter; denn nach dem Gesetz in nota h war der Unterschied der, daß man alle Prozeßentscheidungen, sie mochten Haupt- oder Nebenpunkte betreffen, alsdann decreta nannte, wenn sie der Kaiser nach förmlicher Verhandlung im Staatsrath abgegeben hatte, während alle Haupt- und Nebenentscheidungen interlocutiones hießen, wenn der Kaiser etwas ganz auf eigene Hand abthat. Die ersten hatten natürlich die Präsumtion der juristischen Weisheit für sich, nicht aber die letzten, und so erklärt es sich denn auch, warum, wie im letzten Zusatz zu §. 34. zu zeigen ist, die Decrete für andere Fälle mit benutzt wurden, im Zweifel aber nicht die interlocutiones.

§. 34.

ad voc. **In allen andern Fällen findet das Umgekehrte statt.**

Unsere älteren Juristen sagten gewöhnlich, wenn Jemand gegen ein Rescript mit der exceptio obreptionis auftrete, so müsse der Gegner den Beweis führen, weil Niemand eine Negative zu beweisen habe, während bei der exceptio subreptionis das Umgekehrte stattfinde. Da dieß, wie sich nachher ergeben wird, zu Unbilligkeiten führt, so haben Andere mit

Hofacker tom. I. §. 115.

behauptet, der, welcher das Rescript anfechte, müsse immer den Beweis führen. Auch dieß ist, wie sich nachher ergeben wird, zum Theil ungerecht, und daher behauptet denn

Glück Bd. 1. §. 96.

man müsse hier nach Vorschrift des J. R. A. §. 80. Alles dem arbitrio judicis überlassen. Allein welches Princip soll das arbitrium judicis befolgen? Hierüber muß man nun offenbar folgende Principien aufstellen:

1) Ein Rescript ist ein Justizrescript, d. h. es ertheilt dem, welcher das Rescript auswirkte, wider seinen Gegner Vortheile, welche auch im Wege des Prozesses hätten gefordert werden können. Alsdann kann an sich auf das Negative oder Affirmative nichts ankommen, weil auch im Prozesse davon die Beweislast keineswegs unbedingt abhängt, vielmehr muß man so sagen: Nach den Gesetzen in nota m soll Alles als nichtig behandelt werden, wodurch der Regent jura quaesita dritter Personen gekränkt hat. Die Befreiung von der Beweislast ist auch ein Vortheil, den man keinem Bürger nehmen kann. Wenn also Jemand ein Justizrescript producirt, so ist Alles darnach zu beurtheilen, ob er im Prozeß zu beweisen gehabt hätte oder nicht. Für diese richtige Ansicht hat sich nun auch erklärt

Schweppe Aufl. 4. Bd. 1. S. 68.

2) Das Rescript ist ein bloßes Gnadenrescript, welches in die jura quaesita Dritter nicht eingreift. Hier haben diese eben deßwegen keine Befugniß, das Rescript im Wege des Prozesses anzugreifen, sondern es bleibt ihnen

nichts übrig, als eine Remonstration beim Regenten, wo es dann von der Willkühr des letzten abhängt, ob er den, welchem er das Rescript auswirkte, zur Rechenschaft ziehen, oder die Sache auf sich beruhen lassen will.

ad voc. so haben Decrete und Rescripte.

Es ist eine sehr streitige Frage, worüber jetzt wieder

Guyet Abhandl. Nro. 4.

ausführlich gehandelt hat, in wiefern bei den Römern Decrete und Rescripte für andere Fälle gesetzliche Kraft hatten, und insbesondere nach justinianeischem Recht haben. Wenn sie der Kaiser als allgemeine Gesetze publicirte, so verstand sich die Sache von selbst,

L. 3. Cod. de leg. (1, 14.),

wie es namentlich auch bei Justinians Codex der Fall war,

Const. haec, quae de novo Cod. faciendo §. 2. in fine.

Allein war dieß nicht der Fall, so unterscheide man

1) Prozeßentscheidungen des Kaisers. Hierüber wird in

L. 12. §. 1. Cod. de leg. (1, 14.)

angeführt, daß schon die veteris juris conditores den decretis (also nicht bloß den interlocutoriis) des Kaisers allgemeine Rechtskraft beigelegt hätten, wobei es denn auch bleiben solle.

2) Rescripte. Vermengt man nicht das Factische mit dem rechtlich Nothwendigen, und die Rechtskraft für den einzelnen entschiedenen Fall mit der Gesetzkraft für andere künftig vorkommende Fälle, so scheint aus allen von Guyet beigebrachten Belegstellen nichts weiter zu folgen, als: Rescripte müßten für den Fall, worauf sie gerichtet waren, von den Richtern befolgt werden, obgleich sich diese zuweilen als redliche Männer dagegen auflehnten, wie es bei uns auch Ehrenmänner gethan haben, wenn ihr Serenissimus unjuristisch verfahren war. Allein für andere Fälle hatten die Rescripte keine Gesetzeskraft, welches sich auch begreift, da bei Rescripten nicht leicht eine juristisch erschöpfende Prüfung des Facti stattfindet, und da sie nur zu oft von Gunst und Laune ausgehen.

Cod. Theod. L. 1. tit. 2. const. 9.

Cod. L. 1. tit. 14. c. 2.

Daher haben wir auch Beispiele genug, daß die classischen Juristen für andere Fälle ihrer bessern Ueberzeugung folgten, wiewohl natürlich factisch die Rescripte häufig als Muster behandelt wurden. Nur den eine authentische Interpretation enthaltenden Rescripten des Kaisers legte Justinian in

L. 12. §. 1. Cod. l. c.

allgemeine Rechtskraft bei, welches wieder leicht erklärlich ist, da bei der bloßen Auslegung eines Gesetzes nicht vom Mißverstehen des Facti und auch nicht leicht von der Begünstigung des Einzelnen die Rede seyn kann.

Sechster Abschnitt.

Ueber das Verhältniß der Gesetze zu einander.

§. 35.

ad voc. **Das canonische Recht hat den Vorzug vor dem römischen.**

Die Frage, wie sich das canonische Recht zum römischen verhalte, ist seit der Reformation sehr streitig geworden. Manche ziehen das römische Recht unbedingt dem canonischen vor, während Andere dem canonischen nur in einigen Materien den Vorzug zugestehen, namentlich in der Lehre von der Ehe und dem Prozeß. Allein richtiger ist es, wenn die Praxis immer absolut dem canonischen Recht den Vorrang gegeben hat; denn bei der Reception ward ihm dieser Vorrang unbedenklich zugestanden, und man mußte dieß thun, theils weil damals die Uebermacht der geistlichen Gewalt gar nicht bezweifelt ward, und theils weil im canonischen Recht aufs nachdrücklichste ausgesprochen ist, daß man ihm das römische Recht nachsetzen solle, wo dann mit der Reception des canonischen Rechts auch dieser Satz angenommen ist. Luther wollte zwar das canonische Recht für die Protestanten ganz vernichten, allein er mußte sich doch wieder der entgegenstehenden Praxis fügen, und diese blieb denn auch nach seinem Tode unverändert, obgleich einzelne Theoretiker widersprachen, wohin nun auch zum Theil wieder gehört

Schweppe Aufl. 4. Bd. 1. S. 119.,

indem er z. B. das canonische Recht überall dem römischen nachsetzt, wo die Päpste nicht so gut, wie er, das römische Recht verstanden hätten, gerade als ob man bei einem Gesetz sagen könnte, es verliere seine Rechtskraft, wenn sich zeigen lasse, daß es durch kein angebrachtes Raisonnement entstand. Die richtige Meinung ist auch wieder gut ausgeführt in

C. G. *Biener*, opusc. acad. Lipsiae 1830. tom. II. pag. 50.

ad voc. und müssen nach Justinians Absicht das Verhältniß der Theile desselben bestimmen.

Um das, was das Compendium hier nur kurz angedeutet hat, genauer zu fassen, bemerke man dieß:

1) Justinians Novellen sind der jüngste Theil seiner Gesetzgebung, und die einzelnen Novellen folgten in der Zeit nach einander. So versteht es sich denn von selbst, daß die Novellen allen andern Theilen vorzuziehen sind, und daß die jüngere Novelle der ältern vorgeht, wobei man aber nicht vergessen darf, daß in den gangbaren Ausgaben von 166 Novellen manche Justinian gar nicht angehören, und daß darin nicht alle in chronologischer Ordnung stehen.

2) Was im Codex repetitae praelectionis steht, das ward nicht erst im Jahr 534 durch Justinian publicirt, sondern stand größtentheils auch schon im alten Codex Justinianeus vom Jahre 529; doch enthält der neue Codex auch gewiß allerlei Eigenthümliches. Institutionen und Pandecten sind beide von demselben Datum, nämlich vom 30. December 533. Nun ist aber der Fall sehr häufig, daß in den Pandecten Grundsätze stehen, welche gleichzeitig in den Institutionen verworfen sind, und schon früher im Codex Justinianeus verworfen waren, worin denn Manche eine große Schwierigkeit fanden. Die Sache ist aber sehr einfach. Für das Practische kam es nämlich Justinian auf die Constitutionen und seine eigene Meinung vor allen Dingen an. Darum begann er auch seine Gesetzgebung gleich mit dem alten Codex. Allein um das neue practische Recht zu verstehen, mußte man doch die

ältern Ansichten der Classiker kennen, und so wurden denn diese, auch der Geschichte wegen, mit in die Pandecten aufgenommen, um so mehr, da ja die Pandecten zugleich auch ein Lehrbuch seyn sollten. Wenn also die kaiserlichen Meinungen in den Institutionen und dem Coder anders lauten, so müssen die Pandecten nachstehen, nicht einer eigentlichen deo gratiae wegen, sondern weil sie Justinian in sofern nicht als Gesetz hat publiciren lassen. Der Codex repetitae praelectionis muß natürlich immer den Institutionen vorgehen, weil er jünger ist, als die letzten.

3) Collidiren Theile der Institutionen mit einander, so gibt es kein juristisches Vereinigungsmittel, weil Alles dasselbe Datum hat. Zum Glück ist ein Fall der Art noch nicht vorgekommen. Im Coder hat Justinian alles chronologisch an einander gereiht, so daß das Jüngere immer das Aeltere näher bestimmen muß. Hier kann man also unbedenklich stets die jüngste Constitution vorziehen. In Ansehung der Pandecten hat Justinian in seinen Publicationspatenten ausdrücklich erklärt, es solle darin Alles vereinigt werden, und es gebe darin keinen Widerspruch, daher der, welcher einen solchen finde, sich von dem Kaiser eines Bessern solle belehren lassen. Es sind also ganz unjuristische Nothbehelfe, wenn man oft gesagt hat, man müsse die Antinomie der Pandecten dadurch ausgleichen, daß man die billigste Meinung oder die Meinung des jüngsten Juristen vorziehe.

§. 36.

ad voc. **nicht über den modus procedendi ausgedehnt werden darf.**

Die Praxis hat von jeher das billige Princip angenommen, daß jedes Gericht, vor dem geklagt wird, das Rechtsverhältniß materiell nach den Gesetzen beurtheilen muß, unter denen es entstand, daß aber die Partheien sich nach der Prozeßform des Gerichts des Prozeßorts fügen müssen, welcher letzte Punkt jetzt wieder genauer erörtert ist von

Mittermaier im Archiv für civilistische Praxis Bd. 13. Hft. 2. Nro. 16.

besonders mit Rücksicht auf den Fall, wenn mehrere Gerichte an einem Prozeß Theil nehmen, z. B. das eine als requirirendes, das andere als requirirtes Gericht. Dabei gibt es aber diese zwei besonders wichtigen Fragen:

1) Wenn an dem Entstehungsorte ein Recht vollgültig, also klagbar ist, z. B. eine Spielforderung, nicht aber an dem Ort des Prozesses, kann denn der Richter die Klage zulassen? Viele verneinen dieses, weil der Richter seine Prozeßform beobachten müsse; allein mit Recht behaupten Andere das Gegentheil; denn der materielle Werth eines Rechts gehört ja nicht zur Prozeßform, sondern ist Object des Prozesses, und wenn man jenes Materielle auch noch in die Prozeßform mit hinüber ziehen wollte, so müßte am Ende Alles nach den Gesetzen des Prozeßorts entschieden werden.

2) Wenn ein Recht am Entstehungsorte noch nicht verjährt ist, wohl aber am Klagorte, muß hier dann der Richter die Klage zulassen? Am richtigsten bejaht man wohl mit

Mittermaier l. c. S. 307.

diese Frage, weil die Verjährung auch mit den Hauptzweck hat, daß die Gerichte Ruhe bekommen. Wenn aber die, welche jene Frage bejahen, noch hinzusetzen, der Richter dürfe umgekehrt eine nach den Gesetzen des Prozeßorts unverjährte Klage zulassen, auch wenn sie nach den Gesetzen des Entstehungsortes bereits verjährt sey, so scheint dieß höchst bedenklich zu seyn; denn die eingetretene Verjährung tilgt ja die Verbindlichkeit, und was rechtlich wieder aufgehoben ist, das muß juristisch behandelt werden, als ob es nie entstanden wäre.

ad voc. das Geschäft errichtet.

Im Allgemeinen ist es völlig ausgemacht, daß die Formen und Folgen eines Rechtsgeschäfts nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen sind, wo es errichtet ward, wofür auch im römischen Recht viele Andeutungen vorkommen, und welches um so natürlicher ist, da in der Regel jeder eines Rechtsbeistandes bedarf, die Juristen eines Orts aber in der Regel nur über ihre Lokalverfassung Auskunft zu geben wissen. Indeß gibt es hier

doch im Einzelnen manche Streitfragen, z. B. über den Fall, wenn ein Geschäft an einem Ort errichtet, und an einem andern confirmirt ward. Am richtigsten ist es wohl, wenn man mit

Riccius, von Stadtgesetzen, Hauptst. XV. §. 12.

auf den Ort des Contracts sieht, sofern die Confirmation zur Gültigkeit des Geschäfts nicht gehört, sonst aber auf den Ort der Confirmation, weil hier dann eigentlich erst das Geschäft als juristisch vollendet zu behandeln ist.

L. 17. Cod. de fide instrument. (4, 21.)

Eben so wenig entscheiden die Gesetze über den Fall, wenn Abwesende schriftlich contrahirt haben. Hier wollen Viele alles aus dem jure gentium entscheiden. Am richtigsten ist es aber wohl, wenn man auf den Ort sieht, wo der Proponent ist, weil der Vertrag erst vollendet wird, wenn dem Proponenten der Brief des Acceptanten zugekommen ist.

Hasse im rheinischen Museum für Jurisprudenz Thl. 2. Hft. 4. Nro. 1.

Vorzügliches Aufsehen hat neuerlich die Frage gemacht, ob ein am Ort der Errichtung völlig gültiger Privatact im foro domicilii des Errichtenden zu respectiren sey, wenn hier zu dem Geschäft mehr Formen gehören. Für die Verneinung der Frage hat weitläuftig gestritten der Verfasser der zuletzt in nota c citirten Schrift (Almendingen); allein so lange von der in praxi entschieden angenommenen Regel: locus regit actum, keine gesetzliche Ausnahme für solche Fälle gemacht ist, so lange muß auch eine solche Ausnahme verworfen werden. Nirgend ist aber durch ein gemeines deutsches Gesetz ein Privatact von der Regel ausgenommen, welches alles Grolmann in der nota c citirten Schrift vortrefflich ausgeführt hat. Bei den Ehecontracten gibt es noch Eigenheiten und Streitfragen, worüber erst im Zusatz zu §. 430. das Nöthige gesagt werden kann. Dabei ist es auch noch eine sehr wichtige Frage: nach welchen Gesetzen im Fall eines stupri die Rechte der Kinder und der Mutter zu beurtheilen sind? Der Analogie scheint es am gemäßesten zu seyn, wenn man nach den Gesetzen des Ortes der That sieht. Dagegen hat nun jetzt

Funke, Beiträge, Chemnitz 1830. S. 223—231.
raisonnirend, aber nicht eben überzeugend auszuführen gesucht: Der Stuprator sey in Betreff der Rechte des Kindes nach den Gesetzen des domicilii der Mutter, in Betreff der Ansprüche der Mutter dagegen nach den Gesetzen seines domicilii zu beurtheilen.

Uebrigens läßt sich die ganze im Compendio aufgestellte und durch die Praxis seit Jahrhunderten gebilligte Theorie über Collision der Statute theoretisch bezweifeln, weil wir darüber fast durchaus kein bestimmtes Gesetz haben, und so ist denn Haus nota y cit. gegen jene Theorie der Praxis mit allerlei Zweifeln aus dem natürlichen Staatsrecht aufgetreten, wobei wir denn natürlich fragen müssen, warum uns die receptae sententiae nicht seyn sollen, während die besten römischen Classiker so großes Gewicht darauf legten, wie es auch nach Principien des Gewohnheitsrechts durchaus geschehen muß. Ebenso hat denn auch wieder

Schweppe Aufl. 4. Bd. 1. S. 42—57.
die alte Theorie durch theoretische Zweifel wankend zu machen gesucht.

ad voc. wenigstens nach der Meinung Vieler.

Die Meinung, welche das Compendium hier implicite verwirft, hat durchaus kein Gesetz für sich, und die civilistische Vernunft ist gewiß dawider; denn der Richter des loci negotii gesti kann doch das Geschäft nur nach seinen Statuten beurtheilen, und so könnten die ärgsten Collisionen entstehen, wenn der judex domicilii umgekehrt bei guter Gelegenheit seine Statuten anwendete; z. B. wenn ein Heidelberger in Frankfurt ein Testament errichtet, welches nach Frankfurter Gesetzen nichtig, nach Heidelberger Gesetzen aber gültig ist, und nun der Frankfurter Richter der Nullität wegen die Testamentserben ausschlöße, der Heidelberger Richter aber aus umgekehrten Gründen dieselben zuließe, welches dann zu den Principien der Vererbung durchaus nicht passen würde, weil diese auf eine absolute Einheit gehen, über welchen letzten Punkt im Zusatz zu §. 680. noch mehr zu sagen seyn wird.

Siebenter Abschnitt.

Ueber Dauer und Aufhebung der Gesetze.

§. 37.

ad voc. auch wenn es als ewig dauernd sanctionirt ꝛc.

Es gibt Manche, welche mit dem trüben Bartolus, zufolge der in nota m citirten Gesetze, das, was das Compendium hier sagt, in Zweifel ziehen, und der Meinung sind: Wenn der Regent in einem ältern Gesetz gesagt habe, es solle auf ewige Zeiten gelten, so werde es durch ein neues contraires Gesetz nur dann aufgehoben, wenn in dem letzten jene Clausel des früheren Gesetzes namentlich cassirt sey. Allein der Mißverstand der Gegner ist hier handgreiflich. Jene Gesetze sprechen nämlich von dem Fall, wenn ein Testator, welcher vielen Personen etwas legiren will, aber einer jeden nur einmal, nun die Clausel hinzufügt: si bis legavero, semel dari jubeo, damit nach dieser Clausel ein möglicher Mißgriff gebessert werde. Hier versteht es sich denn von selbst, daß der Testator die Clausel aufheben muß, wenn er nachher den Entschluß faßt, einer Person doch mehrere Legate zu geben. Allein bei Gesetzen ist das „in perpetuum valeat“ nur eine majestätische Floskel, welche den Gesetzgeber nicht gegen spätere Mißgriffe sichern soll, und so ist hier denn der Schluß von Legaten auf Gesetze völlig verkehrt.

§. 39.

ad voc. als ob es nur die entgegenstehende Regel ꝛc.

Dieses, für viele Lehren höchst wichtige Princip ist oft durch Unverstand mißbraucht, und dann dieses Mißbrauches wegen von Manchen ganz verworfen worden; daher hier noch dieß darüber zu bemerken ist:

In den Gesetzen der nota q ist aufs bestimmteste gesagt, daß durch ein jus novum generale im Zweifel nicht das jus singulare des älteren Rechts aufgehoben werde; z. B. ein älteres Recht sagt allgemein: der Mörder soll enthauptet werden, zugleich aber droht es dem Vatermörder ausnahmsweise eine qualificirte Todesstrafe. Später erfolgt ein neues Gesetz, welches bloß

allgemein sagt: der Mörder solle zu lebenslänglicher Zwangsarbeit verurtheilt werden. Hier sind nun bloß die gemeinen Mörder unter das neue Gesetz zu stellen, aber für die Vatermörder bleibt es bei der alten Ausnahme. Dieß ist auch natürlich. Denn man kann ja in der Hauptsache seine Meinung ändern, aber über einzelne Punkte bei den alten Ideen bleiben; wie ja auch z. B. bei den Römern die gemeinen Testamente unter den Kaisern vielfach anders bestimmt wurden, während das militairische Testament unverändert in seiner alten Lage blieb. Viele älteren Juristen haben nun auch dieß Princip zugegeben, aber so weit ausgedehnt, daß sie sogar behaupteten: alles, was aus einer ältern Regel als Folgesatz in den Gesetzen aufgestellt sey, werde durch ein neues generelles Gesetz nicht anders aufgehoben, als wenn es darin einzeln angeführt und in specie vernichtet werde. Ein sehr practisches Beispiel ist dieß. Die Regel des vorjustinianeischen Rechts war: wenn Jemand einen homo alieni juris adoptirt, so erhält er dadurch die väterliche Gewalt. Hieraus ist denn in einzelnen Gesetzen gefolgert: der neue Vater könne dem adoptato befehlen, demselben Vormünder ernennen, auch erwerbe er durch die Handlungen des Kindes. Nun aber verordnet Justinian in

L. 10. Cod. de adopt. (8, 48.):

Wer einen Nichtdescendenten adoptire, der solle nicht mehr die patria potestas erhalten. Hier waren nun nach §. 491. nota o Mehrere der Meinung: bei dieser adoptio minus plena bekomme zwar der neue Vater nicht die potestas, aber doch könne er dem Kinde befehlen, Tutoren ernennen und durch desselben Handlungen erwerben, weil die

L. 10. Cod. cit.

bei Aufstellung ihrer neuen Regel diese specialia des ältern Rechts nicht aufhebe. Allein diese Ideen sind ganz verkehrt. Denn bloße Folgesätze sind ja keine singularia im Verhältniß zu ihrer Regel, und wer die Regel aufhebt, der thut es ja gerade, um ihre Folgesätze zu vernichten. So muß man nun den ältern Juristen zwar ihr Princip lassen, aber vor dem eben erwähnten Mißbrauch warnen, wodurch Gönner nota q cit. mit Andern

veranlaßt ist, sogar das Princip zu verwerfen, und den Satz aufzustellen: durch ein absolut generelles neues Gesetz würden im Zweifel auch die singulairen Ausnahmen der ältern contrairen Regel aufgehoben, welches denn, wie gesagt, gegen die Vernunft und gegen ausdrückliche Gesetze ist.

Sehr wichtige Anwendungen dieser Grundsätze werden vorkommen in den Zusätzen zu den §§. 281. 282. 491. 649. 697. Nro. 3. Vorzüglich sind sie wichtig für die Institutionen, und für diese noch aus dem besondern Grunde, weil es gerade Zweck der Institutionen war, mit Umgehung aller Singularien nur die ersten Rechtsgrundsätze aufzustellen. Beispiele kommen vor oder werden vorkommen in den Zusätzen zu den §§. 17. 572. Nro. 1. 598. Nro. C.

§. 40.

ad voc. **wohin die freilich nicht befolgte Regel gehört.**

Nach der Vernunft und nach römischem Recht leidet es durchaus keinen Zweifel, daß jeder privilegiatus, wenn es ihm nicht speciell verboten ward, seinem privilegio, soweit es ihn angeht, mithin für seine Person, entsagen kann, also auch, wenn das privilegium einem ganzen Stande verliehen ist, wozu er gehört, wie z. B. jeder Adelige für sich in den Bürgerstand zurücktreten kann, ohne daß er damit den übrigen Mitgliedern seines Standes schade. Indeß kann die Regierung in einzelnen Fällen eine solche Entsagung aus politischen Gründen nicht zulassen, wie man es immer bei der academischen Gerichtsbarkeit annahm. Ebenso dachten nun auch die Päpste über den privilegirten Gerichtsstand der Geistlichen, indem sie es für gefährlich hielten, wenn ein Geistlicher sich vor weltlichen Gerichten einlasse, und dadurch leicht in das Irdische geführt werde. Statt nun ehrlich zu sagen, man könne aus politischen Gründen den Geistlichen nicht erlauben, auch für ihre Person den privilegirten Gerichtsstand aufzugeben, ward in der nota d citirten Decretale entschieden: eine solche Aufgebung könne nicht stattfinden, weil es Rechtsprincip

sey, daß das Mitglied eines privilegirten Standes auch für seine Person das Privilegium nicht aufgeben könne. Diese ratio ist nun aber gewiß absurd, und so hat die Praxis immer gesagt, man müsse sich der Vernunft wegen an die römische Regel halten, aber freilich die päpstliche Entscheidung für die Geistlichen gelten lassen.

Zweiter Theil.

Ueber den Zweck der Gesetze.

§. 53.

ad voc. welcher dem Verlierenden am wenigsten nachtheilig ist.

Da die Gesetze oft unbeschränkt sagen: die Auslegung zweideutiger Rechtsgeschäfte sey zu machen contra venditorem, locatorem et stipulatorem; so haben die ältern Juristen darnach die magere Regel gebildet, daß die Auslegung der Verträge gegen den Verkäufer, den Vermiether und den Stipulator zu machen sey. Im Widerspruch scheint damit zu seyn

L. 34. de contrah. emtione (18, 1.),

welcher die Anhänger der alten Theorie nur durch die offenbarste Willkühr ihre Ideen anpassen konnten, indem Einige mit Cujacius das Wort emtor in venditor verwandeln, Andere aber mit Averan behaupteten, daß in dem Fall der

L. 34. cit.

keine ambiguitas vorhanden gewesen sey. Daher hat denn neuerlich die Ansicht von Böhmer viel Eingang gefunden, welcher so sagt: Es ist das Billigste, daß man in ambiguo gegen den spricht, welcher gewinnen will, und für den, welcher verlieren soll. In

L. 34. de reg. jur. (50, 17.) h)

---

h) Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum

ist dieß auch allgemein dadurch ausgedrückt, daß man in ambiguo das minimum annehmen solle. In sofern ist mithin stets contra stipulatorem zu interpretiren, weil er, als solcher, sich Vortheile bedingt, und ebenso in der Regel contra venditorem; weil die gewöhnlichen pacta adjecta des Kaufs (§. 955. 961.) den Vortheil des Verkäufers bezwecken. Wäre indeß zum Vortheil des Käufers ein Nebenvertrag beigefügt, so müßte dieser in ambiguo gegen den Käufer ausgelegt werden, und dieß ist denn auch in

L. 34. cit.

gesagt. Allein auch Böhmer's Theorie hat doch zum Theil bedeutende Gründe gegen sich: denn wir haben einen Fall, wo das von dem Verkäufer hinzugefügte Nebenversprechen ihn selbst belastete, und wo doch die Zweideutigkeit zu seinem Nachtheil ausgelegt wird.

L. 33. de contrah. emt. (18, 1.) [i])

verglichen mit

L. 17. §. 3. 4. de serv. praed. urb. (8, 2.) [k]).

Erwägt man nun, daß die Gesetze im Zweifel gegen den Verkäufer deßwegen sprechen, weil er die Anträge zu machen, also die Bedingungen zu stellen pflege, und sich in sofern ganz klar hätte ausdrücken sollen,

L. 39. de pactis (2, 14.)

---

est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id, quod minimum est, redigenda summa est

i) Cum in lege venditionis ita sit scriptum: flumina, stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint, nec additur, quae flumina, vel stillicidia: primum spectari oportet, quid acti sit; si non id appareat, tunc id accipitur, quod venditori nocet: ambigua enim oratio est.

k) §. 3. Haec lex traditionis, stillicidia, uti nunc sunt, ut ita sint, hoc significat, impositam vicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum: non illud, ut etiam emptor stillicidia suscipiat aedificorum vicinorum; hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere. §. 4. Quae de stillicidio scripta sunt, etiam in caeteris servitutibus accipienda sunt, si in contrarium nihil nominatim actum est.

L. 21. de contrah. emt. (18, 1.), [l])

und daß auch sehr oft in den Gesetzen nur der Verkäufer als der Proponent erwähnt wird,

L. 40. L. 68. pr. eod.

L. 6. §. 6. L. 11. §. 17. L. 26. L. 27. L. 53. de actionibus emti et vend. (19, 1.) [m])

L. 58. locati (19, 2.)

L. 13. qui potiores (20, 4.)

L. 33. de aedil. edicto (21, 1.)

L. 5. de evict. (21, 2.),

so bildet sich daraus diese Regel: Das ambiguum ist gegen den auszulegen, welcher bei einem Vertrag der Proponent ist, also z. B. gegen den Verkäufer, den Vermiether, den stipulator, den mandans und den deponens, es möchte denn erweislich der Gegner desselben die Bedingung gestellt haben, wie dieß nun auch gerade

L. 34. de contrah. emt. (18. 1.)

sagt. Es ist dieß alles auch höchst natürlich, denn der, welcher zuerst die Bedingung stellt, hat gewöhnlich vorher genau nachgedacht, und die Worte so zugespitzt, wie es ihm am zuträglichsten scheint, damit er den Gegner recht fest nehme. Uebrigens ist damit die Regel: in ambiguo res redigenda est ad minimum, keineswegs aufgehoben, sondern nur für gewisse Fälle beschränkt. Sie gilt also bei Gesetzen (§. 51.), bei Testamenten (§. 761. nota m) und überhaupt bei allen einseitigen Willenserklärungen.

L. 61. L. 66. de judic. (5, 1.)

L. 83. §. 1. de verb. oblig. (45, 1.).

---

l) Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori: quia potuit re integra apertius dicere.

m) Lex 6. §. 6. Sed si fundum tibi vendidero, et ei fundo iter accessurum dixero, omnimodo tenebor itineris nomine, quia utriusque rei quasi unus venditor obligatus sum. — Lex 26. Si quis, cum fundum venderet, dolia centum, quae in fundo esse adfirmabat, accessura dixisset, quamvis ibi nullum dolium fuisset, tamen dolia emptori debebit. — Lex 27. Quidquid venditor accessurum dixerit, id integrum ac sanum tradi oportet: veluti si fundo dolia accessura dixisset, non quassa, sed integra dare debet.

Selbst für Verträge kann man Böhmer's Theorie da beibehalten, wo man nicht weiß, wer der Proponent war, und wo man nicht behaupten kann, daß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gerade der eine Theil in der Regel der Proponent sey, wie es z. B. gewiß bei einem Tausch der Fall ist.

Dritter Theil.

Ueber das Product der Gesetze.

Erster Abschnitt.

Ueber Rechte und Verbindlichkeiten an sich betrachtet.

Erste Abtheilung.

Ueber Rechte.

§. 56.

ad voc. einen Andern zu necken.

Dieser mehrentheils in praxi angenommene Satz ward schon früher von Thomasius nota c cit. bestritten, und ganz neuerlich wieder von

Schweppe, Aufl. 4. Bd. 1. S. 146; auch
Gesterding, Nachforsch. Bd. 3. S. 191 — 197.

will ihn jetzt, als der Natur des freien Eigenthums widerstreitend, nicht gerne haben, weiß aber doch der Gesetze wegen nicht darüber wegzukommen, nämlich wegen

L. 1. §. 12. L. 2. §. 9. de aqua et aquae pluviae arcendae (39, 3.) [n])
Novella 63.,

---

n) Lex 1. §. 12. Denique Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi: nec de dolo actionem, et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. — Lex 2. §. 9. Idem Labeo ait, si vicinus flumen, torrentem

wo bestimmt an sich erlaubte Handlungen dem Eigenthümer verboten werden, wenn er sie bloß vornehme, um einem Andern zu schaden. Die beiden Gesetze in nota c sind freilich für die Praxis nicht ganz entscheidend; denn im ersten ist von Dingen die Rede, die dem Besitzer nicht gehörten, sondern jure accessionis im Eigenthum des Vindicanten waren, und das andere spricht bloß von öffentlichen Werken, welche ein Bürger aus seinen Mitteln in aemulationem einer andern Stadt anlegte, wo man sich denn des Anstandes wegen die tückische Liberalität verbitten konnte. Daraus ließe sich denn freilich die Regel des Compendiums nicht wohl bilden, aber es sind, wie gesagt, andere Gesetze dafür; auch ist jene Regel ebenso begreiflich, wie der vorhin im Compendio erwähnte Satz, daß erlaubte, aber in fraudem legis vorgenommene Handlungen nichtig sind.

§. 60.

ad voc. Dann nennt man jene eine vermischte, mixta.

In §. 20. I. de actionibus (4, 6.)
und *Theophilus* ibidem
steht offenbar die Definition der actio mixta, welche das Compendium gibt. Allein Ulpian nimmt in
L. 37. §. 1. de obl. et act. (44, 7.) o)
das Wort in einem anderen Sinn, indem er Klagen darunter versteht, wobei jeder Theil Kläger und Beklagter seyn kann, wie z. B. die actio communi dividundo. Aus der in nota t citirten Themis ist dieß nun in die Institutionen hinein interpretirt, aber offenbar gewaltsam, indem ja Fälle oft genug vorkommen, wo ein Wort verschiedene Bedeutungen hat.

---

averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere, hoc esse, curare ne influat, quae sententia verior est: si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.

o) Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est: utputa finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.

§. 61.

ad voc. jura in re.

Das römische Recht hat zwar in der Sache selbst dasjenige, was wir jus in re und in personam, oder dingliche und persönliche Rechte nennen, aber nicht unsere gewöhnlichen Worte. Was wir jus in personam nennen, das heißt bei den Römern obligatio.

§. 1. I. de act. (4, 6.)
L. 3. pr. de oblig. et act. (44, 7.).

Den Ausdruck jus in re oder auch jus schlechthin gebrauchen sie nur von dinglichen juribus in *re aliena* (ungefähr wie wir unser Wort „Gerechtigkeit"), beziehen ihn also nicht auf das Eigenthum, welches unsere Juristen vor allen Dingen zu ihrem jus in re aliena zählen.

L. 30. de noxal. act. (9, 4.) p)
L. 71. §. 5. de legatis I. (30.) q)
L. 19. de damno infecto (39, 2.)
L. 2. §. 22. de vi bon. rapt. (47, 8.).

Die Erfinder jener Eintheilung sind vielmehr die Glossatoren, mithin kommt hier alles zunächst darauf an, zu entwickeln, was sie durch die Eintheilung sagen wollten. Da nun die Glossatoren ausgemacht durch die in

§. 1. I. de act. (4, 6.)
L. 25. pr. de oblig. et act. (44, 7.)

vorkommende Eintheilung der Klagen in actiones in rem und in personam zu jener Eintheilung der Rechte veranlaßt wurden, indem sie die mit einer actio in rem verknüpften Rechte jura in re oder in rem, die mit einer actio in personam verknüpften aber jus in personam oder jus ad rem nannten, so kommt hier alles auf die Beant-

---

p) In noxalibus actionibus, eorum qui bona fide absunt, jus non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur, si domini sint: sive aliquid in ea re jus habeant; qualis est creditor et fructuarius.

q) Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus. Et Julianus libro trigesimo octavo Digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod jus in eo is, qui legavit, habet, valere legatum.

wortung der Frage an, was actio in rem und in personam ist, und welche Rechte von den Römern mit der einen oder der andern Art der Klagen verknüpft wurden?

Folgende Sätze enthalten die Beantwortung beider Fragen:

I. Der gemeine Sprachgebrauch bezieht das in rem stets nur auf den Fall, wo von einer Sache als einem Object die Rede ist, und so muß man es auch oft juristisch thun, z. B. wenn es heißt, impensas in rem fecit. Allein wenn die römischen Juristen sagen, es sey etwas in rem oder in personam, so hat dieß stets bei ihnen den Kunstsinn, daß sie alles, was absolut wirkt oder stattfindet, in rem, alles Beschränkte aber in personam nennen. In diesem Sinne kommen vor privilegia in rem und in personam (§. 30.); ebenso exceptiones (§. 72.), pacta (§. 201), ja sogar ein loqui in rem,

L. 57. §. 1. de pactis (2, 14.) [r])
L. 9. §. 1. quod metus causa (4, 2.) [s])
L. 5. pr. usufruct. quemad. caveat (7, 9.)
L. 2. §. 2. L. 4. §. 32. de doli mali et metus except. (44, 4.) [t])
Ballhorn, über dominium S. 156—162.,

und in eben diesem Sinn wird denn auch das in rem und in personam bei den actionibus genommen. Denn die Präjudicialklagen wegen des status (§. 228.) haben keine eigentlichen Sachen zum Gegenstand, und doch sagt Justinian in

§. 13. I. de act. (4, 6.) [u])

---

r) Si ex altera parte in rem, ex altera in personam pactum conceptum fuerit, veluti, ne ego petam, vel ne a te petatur? heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit, et ab herede tuo omnes petere poterimus.

s) Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur, nec adjicit, a quo gestum.

t) Lex 2. §. 2. Plane ex persona ejus qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.

u) Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo.

in rem esse videntur, welches videri bei den Römern keineswegs etwas Zweifelndes andeutet.

Huber ευναμια pag. 46.

Damit stimmen nun auch die Classiker überein; denn nach

L. 25. pr. de obl. et act. (44, 7.) [x])

ist vindicatio und actio in rem gleichbedeutend, und doch werden in

L. 12. pr. ad exhib. (10, 4.) [y])
L. 40. §. 1. de test. militis (29, 1.) [z])
L. 32. de liberali causa (40, 12.)

die Präjudicialklagen vindicationes genannt, welches alles sich leicht erklärt, da sie eben so absolut sind, wie die Eigenthumsklagen. Zwar finden wir, daß die Verfasser der Basiliken die Worte in rem bei actio in rem durch πραγμα übersetzen, während sie in andern Fällen, wo in rem ganz unbezweifelt nur etwas Absolutes bedeutet, wie z. B. bei Exceptionen, sich oft des Ausdrucks γενικος (generale) bedienen.

Basilica Lib. 10. tit. 2. Nro. IX. §. 6.
— Lib. 15. tit. 1. Nro. V. §. 4. 6.
— Lib. 25. tit. 2. Nro. XVII.
— Lib. 38. tit. 9. Nro. V. §. 11.
— Lib. 42. tit. 1. Nro. XXV. §. 13.

Allein die Auctorität dieser schlechten Compilationen kann hier um so weniger gegen den richtigen Begriff etwas entscheiden, da die Basiliken selbst schwanken, indem sie an andern Orten die Worte actio in rem bloß lateinisch wiedergeben,

Lib. 10. tit. 4. Nro. XIII. §. 1.
Lib. 57. tit. 1. Nro. XXIV. XXV.,

und da Theophilus in seiner viel bessern Paraphrase überall, wo actio in rem vorkommt, nur diesen lateini=

---

x) Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio: et in personam, quae condictio appellatur.

y) De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.

z) Idem respondit, ex testamento ejus, qui jure militari testatus esset, servum, qui (licet sub conditione) legatum meruit, etiam libertatem posse sibi vindicare.

schen Ausdruck setzt, während er da, wo res eine Sache bedeutet, wie bei jus rerum und rerum divisio, stets das Wort πραγμα setzt; ein sicheres Zeichen, daß er in dem in rem bei actionibus einen Kunstsinn fand, den er durch das griechische πραγμα zu verfehlen glaubte. Häufig geht freilich der Ausdruck actio in rem auf absolute Sachenrechte, namentlich auch in

Gajus IV. 3., [a])

aber daraus folgt nichts gegen den allgemeinen Sinn, welcher, wie gesagt, auch bestimmt vorkommt, wie dieß jetzt ebenfalls zugegeben hat

Mühlenbruch doctr. pandect. tom. I. §. 75.

Eine eigene Idee hat übrigens

Feuerbach Versuche Bd. 1. Nro. 8.

vertheidigt, indem er behauptet, der Unterschied zwischen actio in rem und in personam sey bloß formell. Wenn nämlich in der Klagformel der Name des Beklagten nicht vorgekommen sey, wie z. B. bei der Formel der Eigenthumsklage: ajo rem meam esse, so habe sie actio in rem geheißen; im umgekehrten Falle aber actio in personam, z. B. wenn es bei der Darlehnsklage geheißen habe: ajo, Titium centum mihi dare debere. Allein dieß ist ganz irrig, da die Römer ohne Rücksicht auf die Formel alles absolut Wirkende in rem nennen. So sind z. B. die Interdicte (§. 312.) beschränkte Klagen, bei denen doch nach dem Gerichtsstyl die Formel manchmal ganz generell lautete. Sie müßten also, nach Feuerbach's Ansicht, wo sie generell gefaßt sind, actiones in rem seyn. Allein die Classiker sagen, ungeachtet der absoluten Formel wäre sie doch im Grunde an sich nichts, als actio in personam.

L. 1. §. 3. de interd. (43, 1.). [b])

---

a) In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi, item actio ex diverso adversario est negativa.

b) Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.

Umgekehrt kann ein in rem auch ungeachtet einer beschränkten Formel stattfinden, wie z. B. bei Verträgen die Contrahenten sich immer nennen, und wo denn doch im Zweifel immer das pactum in rem ist, weil es in der Regel für und gegen die Erben wirkt.

L. 7. §. 8. de pact. (2, 14.). c)

Die richtige Ansicht ist vielmehr: Wo etwas an sich absolut wirkte, da ward bei den Römern deßwegen auch in der Regel generell gesprochen, allein man that auch wohl das Umgekehrte, und so war die Formel nur zufällige Formel, aber nicht Wesen des Innern.

II. Nimmt man nun das actio in rem und absolute Klage als identisch, so muß das Wesen einer solchen Klage darin bestehen, daß der Klagende befugt ist, bloß seines Rechtes wegen, er habe es nun erworben, wie er wolle, jeden, welcher Angriffe gegen ihn macht, auf Anerkennung seines Rechts zu belangen. Es muß also

1) die Klage nicht etwa bloß so lange stattfinden, als der Berechtigte im Besitz ist, sondern absolut gegen jeden dritten Besitzer, wie es auch bei allen Klagen der Fall ist, welche nach dem Folgenden von den Römern für actiones in rem erklärt sind. Deßwegen sind denn die Interdicte (§. 312.) nur actiones in personam, weil sie nur gegen turbantes oder dejicientes oder sonst personaliter obligatos gehen, aber keineswegs gegen jeden dritten unschuldigen Besitzer.

L. 1. §. 3. de interd. (43, 1.)
Huschke, Studien Bd. 1. S. 379. 380.

Hiemit ist aber nicht gesagt, daß eine actio in rem immer stattfinde, auch wenn der Berechtigte noch im Besitz der Sache sey; denn in der Regel kann eine actio in rem

---

c) Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt, quotiens generaliter paciscor, ne petam: in personam, quoties, ne a persona petam, id est, ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem, an in personam pactum factum est, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim (ut et Pedius ait) persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est.

nur angestellt werden, wenn der Berechtigte nicht me im Besitz ist. Doch gibt es Fälle, da auch der Besitz eine actio in rem gegen die hat, welche sein Recht Anspruch nehmen. Dieß ist in der Regel nun nicht d Fall bei der Eigenthumsklage, wohl aber bei den Klag wegen der Servituten (§. 625. nota x), und dieß begre sich auch wohl. Denn der Eigenthumsbesitz, als etw Durchgreifendes, ist durch die Neckereien Anderer nic gefährdet, aber Servituten sind, so zu sagen, ein schl chendes Wesen, wo es gut ist, auch den bloßen Appe Anderer gleich niederzuschlagen, wie z. B. der, welch sich einer Jagdgerechtigkeit auf meinem Boden berühm leicht im Stillen auf die Jagd gehen könnte, also glei daran gewöhnt werden muß, daß er die bösen Gedank fallen lasse.

Aber auch bei der Eigenthumsklage gibt es eine Fall der Art, wenn nämlich eine abzuliefernde Sach deren Ablieferung durch eine vindicatio verlangt werd kann, wirklich zurückgeliefert ist, der Schuldner aber nic alle Nebenprästationen erfüllt hat, und nun die Nachli ferung der letzten begehrt wird.

L. 5. pr. de act. emti (19, 1.) [d])
L. 66. §. 6. de leg. II. (31.)
L. 131. §. 1. de verb. oblig. (45, 1.)
L. 20. L. 27. de solut. (46, 3.).

Es ward dann noch die vindicatio wegen der unerfüllt Nebenleistungen gestattet, als ob der Kläger die Haup sache noch nicht bekommen habe. Man wähl der Billigkeit wegen diese juristische Fiction, weil so eigentlich nach erloschener Hauptklage wegen der accessi nes nicht mehr länger geklagt werden kann (§. 264. wo man dann natürlich wegen der Nebendinge eine Nac klage hatte, wenn die Hauptsache als nicht empfang behandelt wird. Wahrscheinlich ist dieß der berühm unus casus in

§. 2. I. de act. (4, 6.),

---

d) Si heres testamento quid vendere damnatus sit, et ve diderit, de reliquis, quae per consequentias emtionis propr sunt, vel ex emto, vel ex testamento, agi cum eo poterit.

worüber ins Unendliche gestritten ist,

Cocceji jus controvers. Lib. 8. tit. 5. quaest. 3.,

während die richtige Ansicht am besten vertheidigt ist von

Dujat excursus 18. hinter

Reitz editio Theophili.

Zwar pflegt man das „uno casu“ gewöhnlich auf die Servitutenklage zu beziehen; allein man mag nun mit den gewöhnlichen Handschriften lesen uno casu, oder sane uno casu, so geht die Stelle offenbar auf die gleich nachher genannte Eigenthumsklage, und mit der dritten Leseart „uno hoc casu“ wird alles verwirrt. Die Leseart non uno casu, welche sich zuweilen findet, hat aber die Auctorität des Theophilus und auch dieß gegen sich, daß die Pandecten für die Eigenthumsklage nicht mehr als die eben erwähnte Ausnahme enthalten.

2) Die Klage muß, um in rem zu seyn, absolut deßwegen angestellt werden können, weil man ein an sich gegen jeden verfolgbares Recht hat. Gehören also zur Begründung specielle Facta, und ist in sofern auch nur ratione fundamenti eine Beschränkung da, so heißt die Klage eine actio in personam. Daher erklärt es sich, warum nach

§. 31. I. de action. (4, 6.)

L. 9. §. 6. quod metus causa (4, 2.) e)

die actio quod metus causa (§. 1006.), obgleich sie gegen jeden dritten Besitzer geht, dennoch nur als actio in personam behandelt wird; denn zur Begründung derselben gehört das sehr beschränkte speciale, daß ein unerlaubter Zwang statt gehabt habe. Uebrigens steht es dem Begriff einer actio in rem nicht entgegen, wenn man bei ihrer Anstellung nebenbei behauptet, daß hier ein gewisser Umstand nicht entgegenstehe; denn bei jedem Absoluten läßt sich so etwas Negatives sagen. Daher sind die qualificirten Erbschaftsklagen (§. 738. 817. nota u) actiones in rem, und ebenso gelten die Vindicationen als actio in rem, wenn sie bei einer nichtigen Veräußerung ange=

---

e) Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est ejus, qui vim passus est; verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem, vel contra.

stellt werden (§. 432. nota d. §. 525. nota g. h.), o
wenn bei Vindication einer Sache die Rescission ei
Verjährung begehrt wird (§. 1013. Nro. IV.).

§. 5. I. de act. (4, 6.).

Eine Aehnlichkeit mit solchen qualificirten Vindicatio
hat die actio Pauliana (§. 1025.). Da sie indeß n
mals gegen den dritten Besitzer geht, so ist sie offenl
keine actio in rem. Dennoch steht das Gegentheil in

§. 6. I. de act. (4, 6.), f)

besonders wenn man noch

Theophilus ibidem

damit vergleicht, und so ist denn unter den Auslege
ein großer Streit entstanden. Die Mehrsten sagen gew
am richtigsten: Justinian vergriff sich leicht in eine
Beispiel (z. B. §. 35. nota t), und so hat er denn au
hier eine Klage, welche offenbar nur in personam i
ganz irrig an die actiones in rem angereiht. Für die
richtige Ansicht hat sich jetzt auch wieder erklärt

Kori, Concursprozeß Aufl. 2. §. 14.

3) Eine Klage kann nur gegen den gehen, welch
das Recht des Klägers bestreitet; daher kann
auch dem Begriff einer actio in rem nicht zuwider sey
wenn sie nicht gegen die Besitzer geht, welche das vo
Kläger behauptete Recht nicht anfechten. So erklärt
sich ganz leicht, warum die hereditatis petitio, obglei
sie eine vindicatio ist, nach §. 739. nicht gegen de
stattfindet, welcher titulo singulari besitzt. Denn dies
Besitz ist kein directo contrarium des Erbrechts eine
Andern, und so kann hier beides neben einander bestehe

III. Vergebens hat man sich neuerlich bemüht, a prio
zu deduciren, welche einzelne Rechte jura in re sind
Offenbar kann hier von keinem a priori die Rede seyn
denn es hängt ja von der Willkühr des positiven Recht
ab, ob es zu einem Recht eine vindicatio hinzuthu

f) Item si quis in fraudem creditorum rem suam alic
tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sentent
Praesidis: permittitur ipsis creditoribus, rescissa tradition
eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non ess
et ob id in bonis debitoris mansisse.

will, oder nicht, und daher haben hier auch unsere Gesetzgebungen gewechselt. So war z. B. das Pfandrecht bis auf Servius mit keiner actio in rem verknüpft, und während es nach Justinians Recht eine vindicatio mobilium gibt, ist dieselbe durch viele deutsche Statute verworfen. Die Gründe, warum die Römer in einem Fall eine vindicatio zuließen, in dem andern aber nicht, lagen wahrscheinlich nicht darin, wie früher

Du Roi de jure in re pag. 44—49.

behauptete, daß man im gemeinen Leben bei der einen Art der Rechte mehr allgemein redete, als bei der andern. Denn eine Masse so unendlich wichtiger practischer Rechtssätze konnte unmöglich viele Jahrhunderte hindurch aus solchen Zufälligkeiten abgeleitet und selbst in der spätern Billigkeitsperiode unbedenklich beibehalten werden; vielmehr war wohl gewiß die Wichtigkeit, die lange Dauer und das daher entstehende enge Verhältniß mit dem Inhaber des juris in re aliena der Grund, warum man gewisse Rechte durch Vindicationen begünstigte, welche Erscheinung auch wieder bei den possessorischen Rechtsmitteln vorkommt (§. 295. 308.); daher man hier der neuen, mehr als künstlichen Erklärungsversuche von

Du Roi im Archiv für civ. Praxis Bd. 6. Hft. 2. S. 294—297.

durchaus nicht bedarf. Nach den positiven Vorschriften des römischen Rechts sind jura in re, wenn man diese Ausdrücke blos auf Sachenrechte beziehen will, das Eigenthum, Servituten, Superficies, Pfandrecht und Erbrecht, weil mit allen diesen Rechten actiones in rem verknüpft sind. Von den Rechten, welche sich nicht auf Sachen beziehen, können aber auch mehrere mit einer actio in rem oder vindicatio geschützt werden, nämlich die väterliche Gewalt,

L. 1. §. 2. de rei vind. (6, 1.) g)

g) Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt juris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur, aut praejudiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria: et ita Pomponius libro trigesimo sep-

und wie vorhin erinnert ward, der status libertatis, ci tatis und familiae. Bei allen übrigen Rechten findet a nur ein beschränkter Schutz, durch actio in person gegen personas obligatas statt, und so sind denn (andere Rechte jura in personam. So ist z. B. die Sach miethe kein jus in re, sondern nur in personam, n der Miether aus dem Miethcontract nur beschränkt ge den Vermiether, aber durchaus nicht gegen jeden drit Besitzer klagen kann, obgleich auch ihm die Römer, (dem Servituteninhaber, eine actio in rem hätten statten können.

IV. Es gibt Rechte, welche gar nicht durch eine Kl geschützt werden können, sondern nur durch eine excep z. B. wenn Jemand sich durch ein bloßes pactum dum etwas bedungen hat (§. 162.). Aus diesen schränkten Rechten muß man denn entweder mit

Unterholzner, Abhandlungen S. 94. ff.

eine eigene Art machen, oder man muß sie zu dem j in personam zählen, weil sie nicht absolut wirken, weil die Römer alles Beschränkte in personam nenn dann darf man aber jus in personam nicht so definir es ist ein mit einer actio in personam verknüpftes Re sondern man muß mit dem Compendium nur nega sagen: jus in personam ist ein Recht, womit keine ac in rem, also nur eine actio in personam, oder ni einmal eine Klage verknüpft ist.

Will man übrigens mit Rücksicht auf den gemei Sinn des Worts in rem und ohne Beachtung des rö schen Kunstsinnes, die actio in rem bloß auf Sach rechte beziehen, die actio in personam aber bloß obligationes, mithin bloß auf besondere persönliche V pflichtungen, so muß man freilich für die jura sta und potestatis noch wieder eine eigene Rubrik mach wie es denn auch neuerlich nach dem Beispiel von He viele Systematiker gethan haben. Eine Sünde ist

---

timo: nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet. Si (ita petit filium suum (vel) in potestate, ex jure Roma videtur mihi (et) Pomponius consentire, recte eum egis ait enim, adjecta causa ex lege Quiritium vindicare poss(

aber auf allen Fall nicht, obgleich es Manche so nehmen, wenn man bei den Rechten des status und der potestas von actiones in rem und vindicationes redet, denn die Römer haben es ja nach dem Obigen selbst gethan.

§. 66.

ad voc. freilich durch keine zureichenden Gründe unterstützten.

Der Hauptgrund für die im Compendio erwähnte herrschende Meinung ist, daß ja die Criminalstrafen genug zur Abschreckung dienen. Allein so hätten auch die Römer raisonniren können, während sie doch neben ihren Criminalstrafen ebenfalls poenas privatas zugelassen haben. Auch wird durch jenen Grund nicht die Hauptidee der Römer getroffen, daß man dem, welcher schwer beleidigt und verletzt ist, eine individuelle Satisfaction auf sein Verlangen zubilligen müsse. In der neuesten Schrift von

Gruner, de poenis Romanorum privatis earumque usu hodierno,

ist noch für die Praxis der Grund angeführt: Bei den Römern habe der Beleidigte, welcher auf eine poena criminalis klagte, nicht nachher auch noch dazu die poena privata fordern können; unser jetziges inquisitorisches Criminalverfahren sey aber ein Surrogat des römischen accusatorischen. Allein es fehlt bei dieser Idee noch der Beweis, daß unser richterliches Verfahren ex officio gerade so gelten könne, als ob der Beleidigte selbst seiner Rachsucht Luft geschafft hätte. Auch paßt jene Idee gar nicht auf den Fall, wenn der Verletzte vor aller Criminalinquisition für sich selbst auf eine poena privata klagt.

§. 68.

ad voc. translatio.

Die Lehre von der Translation der Klagen ist fast für jeden Rechtstheil von der höchsten Bedeutung, und daher ist hier Folgendes genauer zu bemerken, welches zur Erläuterung aller Theile des §. 68. gehört:

Die Hauptregel ist, daß alle Klagen activ auf und passiv wider die Erben gehen. Es sind indeß hievon,

wie sich nachher ergeben wird, manche Ausnahmen macht, wo eine Klage nicht von den Erben oder ni wider dieselben angestellt werden kann. Wo es e solche Ausnahme gibt, da machen die Römer doch n wieder für die Ausnahme eine Ausnahme, und la also die active und passive Translation zu, wenn Klage angestellt und lis contestirt ist, weil die Rö die litis contestatio als Vertrag behandelt (Zusätz §. 71.), und weil sie die Regel hatten, daß alle Verträgen entstehenden Rechte von den Erben und ge die Erben geltend gemacht werden können, wie die setze in nota n zeigen. Nach der

K. G. O. von 1555. Thl. 2. Tit. 9. §. 6.

soll schon auf bloße Anstellung einer Klage deren Tra missibilität hervorgebracht werden.

Was nun die ausgenommenen Fälle betrifft, wo ge die Hauptregel keine Translation stattfindet, so un scheide man:

I. Active Translation. Diese findet nicht statt

1) bei allen Klagen, in sofern als das Hauptre welches sie schützen soll, mit dem Tode erlöscht, n den Allegaten in nota o.

2) Bei allen Criminalklagen nach nota p, weil nicht als pars bonorum angesehen werden, indem jeder aus dem Volke hat. Selbst wenn der Tod Anklägers während der Anhängigkeit des Prozesses folgt, erlischt dennoch die Anklage, wahrscheinlich we der großen Gefahren, welche sie für den Ankläger hat

3) Bei Popularklagen, sofern nicht lis contestirt denn vorher sind sie, weil sie jeder aus dem Volke stellen kann, nicht Theil des Vermögens, und deßwe nicht transmissibel. Doch kann freilich der Erbe n nota q, wenn er ein besonderes Interesse bei der An lung hat, vor Andern einen Vorzug verlangen.

4) Bei einigen Privatpönalklagen. Obgleich diese n lich in der Regel activ auf die Erben übergehen,

§. 1. I. de perpet. act. (4, 12.),

so sind doch ausgenommen die actio in factum, de pultura prohibita und de calumniatoribus, aus Grün

worüber selbst die Classiker sagen, daß sie nichts davon wüßten.

L. 4. de calumniat. (3, 6.) [h])

L. 9. de religiosis (11, 7.).

Endlich ebenso sind ausgenommen nach nota s die actiones meram vindictam spirantes, weil man das Rachegefühl und die Empfindlichkeit des Beleidigten nicht bei dessen Erben voraussetzen kann. Die querela inofficiosi testamenti (§. 818.), welche man gewöhnlich zu den actionibus vindictam spirantibus zählt, gehört wohl schwerlich dahin, da sie etwas verfolgt, worauf man nach den Gesetzen Anspruch hat, und gegen die Erben geht. Der Grund, warum die Erben sich ihrer in der Regel nicht bedienen können, liegt wohl mehr darin, weil die ganze Klage, auf die fatale Präsumtion des moralischen Wahnsinns gegründet, höchst verhaßt war, und weil man sie so auf alle Weise möglichst zu beschränken suchte.

II. Passive Translation. Diese findet in folgenden Fällen nicht statt:

1) Wenn die Obligationsgründe in dem Erben aufhören, z. B. §. 201. 990.; deßwegen gehen denn Klagen, welche nur gegen die Besitzer, als solche, stattfinden, keineswegs gegen die nicht besitzenden Erben. So weit sich jedoch der Erblasser bei dem Besitz der Sache persönlich verantwortlich gemacht hat, so weit geht seine Pflicht auch auf seine Erben, in sofern sie überhaupt zu den transmissibeln Personalobligationen gehört, wie die Gesetze in nota t beweisen.

2) Bei Criminalklagen, weil nur den Sünder die Strafe treffen muß nach den Gesetzen in nota u.

3) Bei Popularklagen aus denselben Gründen, nach nota x.

4) Gewissermaßen bei Privatklagen aus unerlaubten Handlungen. Hierüber ist nun genauer so zu unterscheiden:

A) Vorschriften des römischen Rechts. Darnach gehen

---

h) Haec actio heredi quidem non competit, quia sufficere ei debet, quod eam pecuniam, quam defunctus dedit, repetere potest.

a) actiones privatae mere poenales nicht gegen di
Erben, damit fremde Schuld nicht an ihnen gestraft werde
Deßwegen sind denn auch actiones meram vindictam spi
rantes gegen sie unzuläßig, welches alles die Gesetze i
nota y zeigen.

b) actiones rei persecutoriae ex delicto sind nur s
weit gegen die Erben zuläßig, als sie das Delict berei
chert. Dieser Satz hat nun am mehrsten für sich

A) wenn man die Sache im Allgemeinen betrachte
Daß der Erbe in der Regel nur so weit haftet, als e
bereichert ist, sagen die ersten Allegate in nota * auf
bestimmteste, und noch viele andere derselben Art hat je

Franke, Beiträge S. 33. 34.

gegeben. Daher wird denn auch manchmal von solche
Klagen, des Gewöhnlichen wegen, ganz allgemein gesag
sie gingen gar nicht gegen die Erben.

L. 4. §. 6. L. 5. L. 6. L. 7. de alienat. (4, 7.)
L. 9. quod falso tutore (27, 6.).

Dennoch ist der in nota * citirte Ayrer mit Andern d
Meinung, jene Klagen gingen absolut gegen die Erbe
weil Ulpian in

L. 7. §. 2. L. 9. de condict. furt. (13, 1.) [k])

sage: die condictio furtiva gehe in solidum gegen d
Erben, quia rei habet persecutionem. Allein für d
obige allgemeine Princip, daß hier die unbereichert
Erben nicht haften, haben wir, wie gesagt, eine Rei
der bestimmtesten Gesetze, welche um so weniger du
ein bloß gelegentliches Raisonnement entkräftet werd

---

i) Lex 4. §. 6. Haec actio non est poenalis, sed rei p
secutionem arbitrio judicis continet, quare et heredi dabit
in heredem autem. — Lex 5. Vel similem. — Lex 6.
post annum non dabitur. — Lex 7. Quia pertinet quidem
rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari.

k) Lex 7. §. 2. Condictio rei furtivae, quia rei habet p
secutionem, heredem quoque furis obligat: nec tantum
vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit, sed et si a
furis heredem diem suum obiit servus furtivus, vel non a
ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est condic
nem adversus heredem durare. Quae in herede dixin
eadem erunt et in caeteris successoribus.

können, da die Classiker nicht selten, indem sie wahre Resultate aufstellen, sich doch eines falschen Raisonnements bedienen.

Fremery, de ration. veter. jureconsult. cap. 1. 4. Daß übrigens jene Strenge bei der condictio furtiva (welche Klage nach §. 14. I. de action. (4, 6.) auch sonst singulair behandelt ward) daher komme, weil die aus dem alten Civilrecht entsprungene actio rei persecutoria ex delicto stets in solidum gegen die Erben stattgefunden hätte, behauptet zwar Franke l. c. S. 35. 36., aber schlechthin ohne Beweise. Gegen ihn hat sich nun auch mit Recht erklärt

A. O. Krug, selecta de condictione furtiva capita. Lipsiae 1830. cap. 1.,

indem er durch subtile Conjecturen, welche große Zweifel übrig lassen, zu zeigen sucht, die Diebstahlsklage sey anfangs gleichsam als actio ex pacto behandelt und deßwegen gegen die Erben zugelassen worden.

B) Für einen besondern Fall ist ein Streit, nämlich darüber, ob in solidum gegen die Erben wenigstens dann wegen einer unerlaubten That ihres Erblassers geklagt werden kann, wenn deßwegen gegen denselben eine *actio ex contractu* statt findet. Für die Bejahung dieser Frage ist sehr Vieles. Denn actiones ex contractu gehen in der Regel absolut gegen die Erben, namentlich ob culpam

L. 35. L. 36. pro socio (17, 2),[l])

und wer ob culpam haftet, der haftet um so mehr ob dolum. Auch ist jene Frage aufs bestimmteste bejaht in

L. 7. §. 1. depositi (16, 3.)
L. 12, L. 49. de obl. et act. (44, 7.)[m])
L. 121. §. ult. de verb. oblig. (45, 1.)

---

l) Lex 35. Nemo potest societatem heredi suo sic parere ut ipse heres socius sit. In heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet. — Lex 36. Et acti etiam culpam, quam is praestaret, in cujus locum successit, licet socius (non) sit.

m) Lex 12. Ex depositi, et commodati, et mandati, et tutelae, et negotiorum gestorum, ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.

L. 152. §. ult. L. 157. §. 2. de reg. jur. (50, 17.) n)

Dennoch haben Manche, wie es bisher auch das Con pendium that, mit Costa nota * citatus behauptet, da ältere Recht habe zwar jenen Satz angenommen, ab nach der neueren Billigkeit finde ob dolum auch nic einmal eine Contractsklage gegen den unbereicherten Erb statt, wie sich aus

L. 8. §. 1. de fidejuss. et nominat. (27, 7.) o)

§. 1. I. de perpet. act. (4, 12.)

ergebe. Unglaublich ist nun freilich so etwas an sich nic da die Römer mit ihren Klagen ex dolo so übertrieb vorsichtig waren.

L. 1—7. de dolo (4, 3.).

Allein dennoch hat jetzt

Franke l. c. S. 9—28.

mit Recht jene Idee angegriffen und sehr gut widerle Denn die oben dawider angeführten Gründe sind an s völlig entscheidend, und aus den eben citirten Gesetzen fo die angeblich neuere Aenderung keineswegs. Liest m nämlich in §. 1. I. cit. mit den mehrsten Handschrift ohne ein vorgesetztes veluti so: cum testator dolose v satus est, so folgt aus der Stelle nur, daß es Fä geben kann, wo eine Contractsklage ob dolum nicht ge die Erben stattfindet. Einen solchen ausgenommenen F nannte nun

Gajus IV. 113. p)

---

n) Lex 152. §. ult. In contractibus, quibus doli praest vel bona fides inest heres in solidum tenetur.

o) Paulus respondit, tale judicium in heredem tut transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo p tinet, ut non excusetur heres, si dicat se instrumenta t laria non invenisse: nam cum ex omnibus bona fide judi propter dolum defuncti heres teneatur, item puto obser dum (et) in tutelae actione. Sed constitutionibus subven est ignorantiae heredum, hoc tamen tunc observandum cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite testata tutor decesserit: nam litis contestatione et poen actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales petuantur.

p) Aliquando tamen (etiam) ex contractu actio neque redi, neque in heredem competit, nam adstipulatoris h non habet actionem, et sponsoris et fidepromissoris h non tenetur.

in Beziehung auf sponsores und fidepromissores. Da dieß später nicht mehr practisch war, so ließ Justinian in seinen Institutionen das Beispiel wählen und deutete nur unbestimmt auf mögliche Ausnahmen. Diese finden sich aber nicht in den Pandecten. Zwar nennt

Theophilus ad Instit. l. c.

die actio depositi als Ausnahme, aber offenbar gegen die klare Vorschrift in

L. 7. §. 1. depositi (16, 3.) q).

Was nun noch L. 8. §. 1. cit. betrifft, so ist sie ganz leicht auf andere Art erklärt, wenn man nur

L. 4. Cod. de in litem jurando (5, 53.) r)

vergleicht, wonach sie bloß dieß sagt: Wenn nicht wegen Herausgabe des Inventars von Seite des Tutors bereits lis contestirt war, so wird dem Erben, welcher selbst die Herausgabe verweigert, diese Nichtherausgabe keineswegs so als dolus angerechnet, wie dem Tutor selbst, wenn er sich geweigert hätte, weil nur der bestellte Tutor, aber nicht dessen Erbe eigentliche Tutelarpflichten hat.

c) Actiones mixtae (§. 65.) gehen nach jenen Prämissen gegen die Erben nur so weit, als sie bereichert sind,

L. 5. pr. de calumniat. (3, 6.)

L. 16. §. 2. quod metus causa (4, 2.)

L. 23. §. 8. ad leg Aquil. (9, 2.);

die actio vi bonorum raptorum (§. 965.) erlischt aber ganz mit dem Tode.

L. 2. §. ult. de vi bon. rapt. (47, 8.).

---

q) Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum. Quanquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit: ideoque in solidum unus heres tenetur, plures vero pro ea parte, qua quisque heres est.

r) Alio jure est tutor, alio heres ejus: tutor enim inventarium, caeteraque instrumenta si non proferat in litem, jusjurandum adversus se potest admittere: at enim heres ejus ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibeat. Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis: transferentibus vobis in heredes ejus actionem, Praeses provinciae partes suas exhibebit: non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus juxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.

Der hier angegebene Grund: man könne ja statt dies Klage die condictio furtiva (§. 965.) wählen, läßt si wohl erklären, wenn man erwägt, wie oft die Röm ein gewisses remedium nicht zuließen, wenn sich Jema sonst helfen konnte (z. B. Zusatz zu §. 962.), daher auch hier das Princip gehabt zu haben scheinen, acti nes mixtae gehen selbst wider die bereicherten Erben da nicht, wenn man ihnen durch eine sonst ex jure co muni stattfindende actio rei persecutoria die locupleta entreissen kann.

Franke S. 5—9.

B) Das canonische Recht hat in Ansehung jener Sä sofern vom Staat die Rede ist, nichts geändert, a in Betracht der rei persecutoria nach nota ** das Prin aufgestellt, es sey Sünde, eine ex delicto entstande Schuld nicht zu bezahlen, sie ruhe auf dem Vermög und die geistlichen Obern sollten jeden, welcher dem V letzten im Vermögen folge, zur Tilgung der Sch ermahnen, ja sogar die Erben dazu zwingen. Denn hat die Praxis von jeher das Princip angenommen: persecutorie kann gegen die Erben stets so weit gekl werden, als die Erbmasse reicht. Zwar macht

Löhr, Theorie der Culpa,

Einwendung dagegen, weil die Decretalen der Päpste an die geistlichen Obern gerichtet wären. Allein n recipirte ja gerade das canonische Recht für alle Geric Wenn man übrigens stets angenommen hat, die Er könnten über den Bestand der Erbmasse hinaus n belangt werden, so läßt sich diese Einschränkung jenen Decretalen nicht einmal beweisen. Allein eine schiedene Praxis ist dafür, welche auch

Franke S. 44—57.

respectirt, indem er sich zugleich gegen die obige von Löhr erklärt.

§. 69.

ad voc. stricti juris actiones.

Das Compendium ist hier bei der Böhmerschen geblieben, welche früher fast allgemein angenommen w Neuerlich ist dieselbe von

Gans nota b. cit.

bestritten, und ungefähr auf ähnliche Art erklärt es sich mit manchen Sonderbarkeiten

Stever nota b cit.,

während sich Rubo ibid. cit. fast durchaus für Gans erklärte, und im Ganzen auch

Zimmern, Geschichte Bd. 3. S. 182 — 192.,

während sich

Tiegerstroem de judicib. Berlin 1826. pg. 93 — 161.

wieder für die Idee von Böhmer erklärte. Böhmer's Idee beruht darauf, daß die Römer überall das Formelle mit höchster Strenge behandelt, und unbedingt die Stipulation zu den stricti juris judiciis zählten, sie mochte nun auf ein certum, d. h. auf baares Geld gehen, oder auf andere Dinge, oder ein sogenanntes incertum,

L. 7. de negot. gest. (3, 5.) [s]),

und daß in

§. 28. I. de act. (4, 6.)

bloß nichtformelle Geschäfte als bonae fidei aufgezählt werden. Dagegen behauptet nun Gans, besonders wegen

Cicero pro Roscii comoedo cap. 4.,

jede auf das dare, d. h. auf Eigenthumsübertragung einer körperlichen species gerichtete, aus einseitigen Verpflichtungen entspringende Klage sey stricti juris gewesen, z. B. die condictio ex mutuo und condictio indebiti. Allein es begreift sich schwer, warum man denn die auf der natürlichen Billigkeit beruhende condictio ex mutuo und die ihr nachgebildete condictio indebiti

L. 66. de condict. indeb. (12, 6.) [t])

so streng nahm, und wie man in dem baaren Gelde bloß das strictum jus suchen konnte, und die actio ex stipulatu zu den negotiis stricti juris zählte, auch wenn

---

s) Quia tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.

t) Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.

sie nicht auf baares Geld ging. Dagegen hat Böhmer's Idee alle äussern Gründe für sich, da die Römer ihr Formulare überall mit der größten grammatischen Steif heit behandelten. Cicero redet auch nur von eine stipulirten pecunia, und nimmt hier das strictum ju nur an wegen der angustissima formula sponsionis. Gan etwas Gleiches findet sich in

Quinctilian Inst. oratoriae Lib. 4. cap. 2. und *Boëtius* Top. Cic. 6.,

wo im Gegensatz der Billigkeitsprozesse die Prozesse er wähnt werden, ubi judices dantur, ut non strictas inte litigantes sponsiones quaerant. Ganz neuerlich hat nun noc

Keller, über Litiscontestation, Zürich 1827. S 189 — 192.

überkünstlich die Sache mit der alten legis actio pe sacramentum in Verbindung zu bringen gesucht. Da wider hat sich nun erklärt

Meyer, die Litiscontestation, Stuttgart 183(Abthl. 1. S. 73 — 117.

indem er behauptet: stricti juris judicium sey das ge wesen, wobei eine formula certa des Prätors statt gehal habe. Sey dagegen die formula incerta gewesen, habe man es judicium arbitrarium genannt, und da letzte dann in specie bonae fidei judicium, wenn de Prätor der formula incerta beigesetzt habe: ex bona fid Allein er scheint hier die Begriffe bloß nach den zufä ligen Folgen zu bestimmen, welche aus dem entstande was das strictum jus des negotii selbst mit sich bracht

§. 70.

ad voc. Alle Klagen 2c.

Zur Verständlichkeit aller Hauptsätze des §. 70. hier noch Folgendes zu bemerken:

Bei der Vorliebe der Römer zum Kurzen und Ei fachen und bei dem unendlichen Umfang der prätorisch Jurisdiction lag natürlich allen Theilen sehr daran, d der Kläger sein fundamentum petitum in möglichster Kü genau angab, und daß jede Klage durch einen einfach Kunstnamen bezeichnet ward. Daher wurden denn

viel wie möglich kurze Formeln für die Klagen und Kunstnamen derselben erfunden, wo denn gleich aus wenig Worten das Nöthige geschlossen werden konnte. Sprach z. B. Jemand nur die Worte: ajo rem meam esse aus, so war dieß ein Zeichen, daß er bloß ein Eigenthum in Anspruch nahm, und hieß es rei vindicatio, so wußte man auch gleich, daß nur von der Eigenthumsklage die Rede sey. Sehr oft wurde in den Gesetzen selbst der Kunstname der Klage angegeben, so wie auch der Formeln, aber manchmal war es nicht geschehen, und hier half man sich denn, um eine kurze Bestimmtheit zu erreichen, auf mehrfache Art. War nämlich

1) eine Klage des gemeinen Bestens wegen (ob utilitatem) durch logische Ausdehnung einer andern, in den Gesetzen speciell genannten Klage angenommen, so setzte man zu dem Namen der Klage nur noch das Wort „utilis“ hinzu, um dadurch bemerklich zu machen, daß hier eine Ausdehnung stattfinde, wobei man nur analogisch zu schließen habe, z. B. §. 541.

2) Hatte ein Gesetz zwar materiell ein Klagerecht gegeben, aber ohne für den Kunstnamen zu sorgen, so half man sich wieder doppelt, indem man entweder die Anfangsworte des Gesetzes zum Klagenamen erhob (z. B. §. 540. 1006.), oder indem man das ganze Gesetz citirte; welches letzte man bei persönlichen Klagen condictio ex lege nannte.

3) Konnte man eine Klage gar nicht direct oder indirect aus positiven Gesetzen ableiten, und wollte man sie doch der Billigkeit wegen zulassen, so mußte man sich durch geschickte Juristen nach dem Facto eine kurze Klagformel aufsetzen und gleichsam vorschreiben lassen. Deßwegen heißen solche Klagen actiones in factum oder praescriptis verbis; auch nannte man sie wohl als Product der utilitas oder Billigkeit: actiones utiles.

ad voc. actiones adjectitiae qualitatis.

Man hat bisher aus den actionibus adjectitiae qualitatis eine eigene Art der Klagen gemacht, welche man so definirte: es sind Klagen, welche Jemand aus dem

Facto eines Dritten gegen einen Vierten anstellt. All dieß ist verkehrt. Die Sache verhält sich einfach Wenn Jemand eine Hauptklage hat, so können doch n besondere Nebenmodificationen dazu gehören, um sie un diesen Umständen anstellen zu können, und dann muß diese Nebenmodificationen in der Klage kurz mit an deutet werden. Diese Nebenandeutungen hießen n adjectitia qualitas, und waren also nur ein Prädic aber keine selbstständige Klage. Dieß konnte nun sta finden:

1) wenn man nicht ex facto tertii klagte. Einen B weis gibt nach §. 96, die actio de eo, quod certo lo wobei der Gläubiger gegen den klagt, mit dem er sel contrahirt hat, und wo die beigesetzten Worte: de quod certo loco nur andeuten, daß aus besondern Gründ eine Ortsveränderung verlangt werde.

2) Auch dann können solche Beisätze nöthig werd wenn Jemand aus dem Facto eines Dritten belan werden soll. So kann z. B. aus dem Kauf des Soh wohl gegen den Vater geklagt werden, jedoch na §. 369 — 376 nur dann, wenn er entweder ein pe lium des Sohnes besitzt, oder demselben Auftrag o Befehl gab, oder durch denselben bereichert ist. W nun der, welcher an den Sohn verkauft hat, den Va durch die actio venditi belangen, so muß er durch ein Nebenbeisatz andeuten, daß hier eines jener Fundamen eintrete, und so muß er denn anstellen die actio ven de peculio, oder actio venditi quod jussu, oder ac venditi de in rem verso, wo denn also die actio ve diti die eigentliche Klage, und der Beisatz nur die A deutung einer Modification ist. Uebrigens ist im

c. 6. X. de judic. (2, 1.) u)

vorgeschrieben, daß jetzt auf den Namen der Klage nich mehr ankommen solle, und daß der Richter bloß auf merita causae zu sehen habe.

---

u) Nomen actionis in libello exprimere pars non cogit debet tamen factum ita clare proponere, ut ex eo jus ager colligatur.

§. 71.

ad voc. litis contestatio.

Bei uns versteht man unter litis contestatio die Antwort des Beklagten über die Wahrheit des fundamenti agendi, und theilt sie ein in affirmativa und negativa, je nachdem der Beklagte den Klaggrund als wahr zugibt oder läugnet. Bei den Römern hat dieß Wort einen anderen Sinn. Will man eine unbestimmte Aeußerung von Festus sub voce „contestari", als etwas absolut Bestimmtes nehmen, so scheint man in alten Zeiten darunter eine Zeugenanrufung verstanden zu haben, welche am Ende des Verfahrens in jure über das, was vor dem Prätor geschehen war, stattfand. Später ist dieß weggefallen, und in

L. unica Cod. de litis contestat. (3, 9.) [x])

wird gesagt, es sey denn lis contestata, cum judex per narrationem negotii causam adire coeperit. Diese litis contestatio ward denn in Beziehung auf die dem künftigen Urtheil zu leistende Folge als ein Contract behandelt

L. 3. §. 11. de peculio (15, 1.) [y])

L. 22. de tutelae et rat. dist. (27, 3.) [z])

und hatte im Ganzen die Wirkung einer novatio privativa (§. 936.), d. h. die bisherige Klage ward dadurch so consumirt, daß sie nun nachher nicht wieder in einem neuen Prozeß angestellt werden konnte. Doch milderte man der Billigkeit wegen die Folgen dieser novatio pri-

---

x) Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.

y) Idem scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri. Quod (et) Marcellus putat; etiam jus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut (in) stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi; proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati veluti obligationem. Quare et si quasi defensor condemnatus sit idem putat.

z) Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit.

vativa, indem man dadurch die accessoria der novirten Hauptschuld nicht untergehen ließ.

Gajus III. 180. 181. IV. 106 — 108. [a]).

Weitläuftig hat dieß in viele Einzelnheiten dieser Lehre ausgeführt

Keller, über Litiscontestation, Zürich 1827.

Indeß hat jetzt wieder

Mayer, die Litiscontestation, Stuttgart 1830.

sehr scharfsinnig die ältere Idee vertheidigt, daß anfänglich die Litiscontestation ein feierlicher Vertrag per aes et liberam war, wodurch sich die Partheien am Ende des Verfahrens vor den Prätor dem künftigen Urtheilsspruch unterwarfen, woraus sich denn gleichfalls die Folgen derselben erklären lassen, welche man denn später auch fortgelten ließ, nachdem die alte Form weggefallen war.

ad voc. exceptio peremtoria.

Das Compendium gibt hier im Text eine Definition der peremtorischen Einreden, welche zwar die gangbaren Ansichten unserer Practiker für sich hat, aber keineswegs den gewöhnlichen römischen Sprachgebrauch, wie es auch in nota 1 bemerkt ist. Obgleich nämlich bei den Römern zuweilen alles Exception genannt wird, was eine Klage indirect entkräftet, also auch das, was ihr nach de

---

a) Gaj. III. 180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione: sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri, et hoc (est) quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere. — Gaj. III. 181. Unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, qui inutiliter intendo: Dari mihi oportere; quia litis contestatione dari oportere desiit, aliter atque si imperio continenti judicio egerim: tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea agere possum; sed debeo per exceptionem rei judicatae vel in judicium deductae summoveri, quae autem (sint) legitima judicia, et quae imperio contineantur, sequenti commentario referemus.

Strenge des Rechts entgegensteht, z. B. wenn der Darlehnsklage der Einwand der stattgehabten Rückzahlung entgegengesetzt wird, so nennen doch die Römer im eigentlichen Sinn nur den Fall exceptio, wenn man die Billigkeit gegen das strenge Recht durchsetzt, indem man sich auf Gesetze oder Thatumstände beruft, welche die Römer der Billigkeit wegen als etwas gelten ließen, wodurch man das strenge Recht entkräften könne. So konnte z. B. eine stipulatio eigentlich nur vertragsmäßig durch eine feierliche acceptilatio, aber nicht durch ein pactum nudum remissorium niedergeschlagen werden; dennoch gestattete man daraus gegen die actio ex stipulatu eine Einrede, und diese hieß nun exceptio, während das Berufen auf acceptilatio, als auf ein streng rechtliches Tilgungsmittel, nicht eigentlich exceptio genannt ward.

ad voc. Sogenannte vermischte Einreden.

Es läßt sich schon a priori zeigen, daß es keine vermischte Einreden geben kann; denn durch das Peremtorische wird die Klage ganz entkräftet, und wo von diesem majus die Rede ist und seyn kann, da braucht man nach dem minus einer bloßen dilatio nicht weiter zu fragen. Die, welche vermischte Einreden annehmen, berufen sich auf die exceptio ordinis und divisionis der Bürgen (§. 950. 953.), aber ganz verkehrt. Denn diese Einreden sind an sich nur dilatorisch, weil sie bloß dahin gehen, daß vorläufig erst an einem Andern der Versuch gemacht werden solle, und der Bürge sagt dabei keineswegs, daß er ganz und gar nicht hafte. Bekommt der Gläubiger, welcher der Einrede folgt, von einem andern die Zahlung, so entsteht nun aus dieser Zahlung eine exceptio peremtoria, welche aber an sich in der exceptio ordinis und divisionis noch nicht liegt.

§. 74.

ad voc. nach canonischem Recht.

Daß dieß Princip des canonischen Rechts aus guten Gründen durch die Praxis verlassen sey, ist schon in Zus. zu §. 40. angeführt.

ad voc. **auch müssen sie so bestimmt seyn u. s. w.**

Aus diesen Sätzen des Compendiums folgt die wichtige Regel, welche unsere bessern Practiker bisher immer annehmen, daß es bei einem Geschäft ohne Erfolg ist, wenn man dabei bloß unbestimmt allgemein allen Einreden entsagt; denn es läßt sich hier leicht denken daß der Redende alle denkbaren Einreden nicht kannte Soll also eine Entsagung der Einreden gelten, so muß es bestimmt heißen: ich entsage der exceptio erroris doli, laesionis enormis u. s. w., daher es denn auch ein schlechter Kniff ist, wenn unsere Advocaten die Forme so fassen: ich entsage allen Einreden, und namentlich auch der Einrede, daß eine solche Entsagung nichts gelte Zwar hat jetzt

Neundorf nota x cit.

behauptet, ein solcher unbestimmter Verzicht müsse voll Wirkung haben, weil ja jeder allgemeine Vertrag nach §. 53. bindend sey. Allein nach dem Gesetz in nota zählen die Römer ganz klar einen solchen unbestimmten Verzicht zu den unkräftigen Verträgen, weil sie ihn für zu unbestimmt halten, und weil sie nach §. 155. da allgemeine Princip haben, daß die volle Unbestimmtheit kraftlos sey. Etwas ganz Aehnliches kommt auch noch vor in §. 191. nota f. Die Frage übrigens, ob Renunciationen acceptirt werden müssen, kann erst in Zus. z §. 143. erörtert werden.

§. 75.

ad voc. **cessionarius.**

Man findet bei den ältern Juristen, daß sie sich groß Mühe gaben, herauszubringen, wie der cessionarius vom procurator in rem suam, und der debitor cessus von dem verschieden sey, von dem die Römer sagen: is, adversus quem actiones mandantur. Dieß Bemühen ist aber so lächerlich, als wenn man fragen wollte, wie der Vater vom pater verschieden sey. Die Sache ist einfach diese. Wenn Jemand persönliche Forderungen hat, so kann er diese an einen Andern abtreten; wie aber die Römer sehr solenn waren, und z. B. bei der Eigenthums-Uebertragung ausser dem Vertrage auch noch eine reelle traditio forderten, so nahmen sie anfangs an, de

welcher durch Kauf, Tausch oder Schenkung die Forderung eines Gläubigers an sich gebracht habe, könne aus der bloßen venditio, permutatio oder donatio nominis noch nicht gegen den Schuldner klagen, sondern der Veräusserer des Rechts müsse dem Erwerber noch ein besonderes mandatum ad agendum geben. Damit bekam denn der Erwerber des Rechts den Namen procurator in rem suam, oder man sagte von ihm: is, cui actiones mandantur, und der Schuldner hieß dann: is, adversus quem actiones mandantur. Unter den Kaisern ward aber angenommen, ein solches besonderes mandatum ad agendum, welches die Römer cessio nannten, sey bei der stattgehabten Ueberlassung eines Rechts nicht mehr nöthig, und der, dem das Recht überlassen sey, könne auch ohne cessio eine actio utilis gegen den Schuldner anstellen. Da nun also von einem mandare actiones nicht weiter die Rede zu seyn braucht, und da unsere Juristen immer kürzere Ausdrücke lieben, so haben sie statt des Ausdrucks procurator in rem suam, den Ausdruck cessionarius gewählt, und statt des Ausdrucks: is, adversus quem actiones mandantur die neuern Worte debitor cessus, so daß hier also im Grunde nur eine Vertauschung der Worte stattgehabt hat. Will übrigens der Cedent noch ein besonderes mandatum ad agendum ausstellen, so kann er es thun, aber der Cessionar bekommt dadurch nicht mehr Rechte, als ihm wegen der neuerlich gestatteten actio utilis zustehen, deren Sinn ja gerade ist, daß der Erwerber des Rechts auch ohne besonderes mandatum ad agendum ebenso handeln könne, als ob ihm ein solches Mandat gegeben wäre. Es ist mithin ganz unsinnig, wenn Manche gemeint haben, es sey ein reeller Unterschied, ob der Cessionar actionibus mandatis oder utilibus klage; bei den ersten müsse er sich z. B. alle Exceptionen gefallen lassen, welche dem Cedenten entgegengesetzt werden könnten, nicht aber bei dieser, welche ganz widernatürliche Idee schon durch

L. 8. Cod. de hered. vel act. vend. (4, 39.) [b])

b) Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

widerlegt wird, und noch genauer widerlegt ist durch

Mühlenbruch, von der Cession, S. 169—220

Nur das kann und muß man behaupten, daß der, we cher eine fremde Forderung einklagt, bloß als mandat rius des Gläubigers zu behandeln ist, wenn das Ma dat keine Cession war, also bloß auf den Namen u die Rechnung des Ausstellers lautet.

ad voc. auf jeden Vorzeiger gerichtete Clausel nicht hinreichend gehalten wird.

Die hier im Compendium verworfene Meinung ist g wiß der Natur einer au porteur lautenden Urkunde ga und gar zuwider; denn der Zweck einer solchen Urkun ist ja gerade, daß der Besitzer, als solcher, für legi mirt gehalten werden soll, von dem Schuldner Zahlu zu fordern; daher denn gegen denselben nach der rich gen Meinung von Seite des Schuldners nicht einm die Einrede des unrechtmäßigen Erwerbs der Urkun zulässig ist.

Archiv für civ. Praxis Bd. 10. Hft. 1. No. 5.

Es ist indeß über solche Urkunden, weil das römis Recht nichts darüber enthält, sehr viel in neueren Zeit gestritten.

Schumm, in der Beilage zum Arch. für c Praxis, Bd. 13. S. 29—85.

§. 77.

ad voc. nur zwei Regeln geben.

Es ist eine der wichtigsten Fragen, welche Rechte c sibel sind. Die alten Juristen halfen sich hier mit Regel, alles Vererbliche sey cessibel und alles nicht V erbliche nicht cessibel, welche Regel aber offenbar fal ist, und auch schon früher von Cocceji lebhaft angegr fen ward. Mit Rücksicht auf den Satz, daß Jeder fre Herr über seine Rechte ist, jedoch nur soweit er sie h daß man aber dagegen nicht willkührlich seine Pflich derelinquiren kann,

L. ult. Cod. h. t. (4, 39.)

L. 1. L. 6. Cod. de novat. (8, 22.) c)

muß man hier diese Fälle unterscheiden:

1) Es hat Jemand ein reines Recht, dem keine Verbindlichkeiten beigemischt sind; dann kann er es cediren, aber nur soweit er es hat. Die Nichtvererblichkeit kann daher nur bewirken, daß die Folgen der Cession mit dem Tode des Cedenten aufhören, wie wir täglich sehen, wenn Jemand seine Leibrentenrechte verkauft hat. Indeß können natürlich obligatorische Dispositionen die Cessibilität abwenden. Ist es nun ausdrücklich ausgemacht, daß ein Recht nicht cedirt werden dürfe, so versteht sich natürlich alles von selbst. Indeß kann auch hier, wie überall, durch eine conventio tacita die Cession abbedungen seyn, wo denn freilich, wie bei allen tacitis, Beurtheilung dazu gehört, ob nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge der Verleiher eines Rechts die Cession nicht habe erlauben wollen, oder umgekehrt, wie z. B. jeder sagen wird, daß man nicht per cessionarium die Rechte eines Bräutigams vertreten kann, wohl aber das Besuchen des Schauspiels. Das römische Recht hat hier nun alles der Beurtheilung überlassen, aber doch nach nota n jenes Princip bei Privilegien angewandt, indem es sehr natürlich annimmt, daß die nur auf Lebenszeit ertheilten, und insofern auf einer Personalaffection beruhenden Privilegien im Zweifel nicht cedirt werden können. Das Letzte haben auch viele Practiker angenommen, doch ist

Wasmuth nota n cit.

in Betreff der Privilegien anderer Meinung, indem er so unterscheidet:

a) Ist ein Privilegium an sich principaliter, und nicht als accessorium eines andern Hauptrechts verliehen, wie z. B. der Adel oder ein Monopol, so ist es nicht cessibel. Allein er hat durchaus kein Rechtsprincip dafür angeführt, sondern höchstens nur einzelne Fälle, da ein

c) L. 1. Delegatio debiti, nisi consentiente, et stipulante promittente debitore, jure perfici non potest. Nominis autem venditio, et ignorante, vel inviso eo adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. — L. 6. Nec creditoris creditori quisquam invitus delegari potest.

Privilegium wegen seiner besonderen Natur sich nicht ce-
diren läßt, wie z. B. der Adel, wobei die Hauptide
ist, daß es im Blute liegt, welches sich denn natürli
in andern Personen nicht rein hineinbringen läßt.

b) Es ist accessorium eines Hauptrechts z. B. Con
cursprivilegien, welche mit einem Pfandrecht verbunde
sind. Hier kommt nun Wasmuth in große Distin
tion, indem er unterscheidet, ob der Cessionar aus e
nem ihm gegebenen Mandat oder actione utili klag
Allein es ist schon in den Zusätzen zu §. 75. gezeig
daß diese Distinction durchaus keine reellen Folgen hab
kann.

2) Das Recht ist kein reines Recht, sondern mit Ve
bindlichkeiten untermischt. Dann kann das rein Rechtl
che, aber nicht die Verbindlichkeit abgetreten werden, mi
hin nicht die ganze obligatio. So kann z. B. ke
Staatsamt cedirt werden, wohl aber darf der Beam
im Zweifel über seinen Gehalt frei disponiren. Dara
beruhen denn auch die Grundsätze in §. 862. ad nota
daß der Miether zwar einen Aftermiether annehmen da
daß aber der Aftermiether dem ersten Vermiether na
wie vor wegen des Miethzinses verhaftet bleibt.

ad voc. Criminal-, Popular- und Injurien-Klag

Ueber diesen Punct bemerke man noch dieß:

1) Criminal- und Popularklagen (§. 65.) stehen jed
aus dem Volke zu, und werden nicht als pars patrim
nii des einzelnen Bürgers angesehen, können daher a
diesem Grund nicht cedirt werden. Nach eingetreten
Rechtshängigkeit ließe sich zwar das Gegentheil denke
aber hier steht der Cession das zweite Princip entgeg
daß nach nota q actiones litigiosae nicht cedirt werd
können, damit der angefangene Prozeß in einem fes
gleichmäßigen Gange bleibe.

2) Actiones vindictae spirantes, welche bloß auf A
kühlung der Rachsucht gehen, lassen sich nach der Na
der Sache dann nicht cediren, wenn das, was der B
klagte zu leisten hat, nur gerade diesem Kläger gelei
werden kann, wie z. B., wenn eine Injurienklage a
eine völlige Abbitte gerichtet ist. Geht das petitum
ner Injurienklage auf eine Geldsumme, so ließe sich n

der Natur der Sache eine Cession denken; allein man muß dieß doch verwerfen, denn

L. 28. de injuriis (47, 10.) [d])

sagt allgemein: die actio injuriarum sey ante litem contestatam nicht in bonis. Was Jemand nicht in bonis hat, das kann er aber nicht cediren, wie es die Römer auch bei Criminal- und Popularklagen annehmen. Nach der Einlassung ist zwar die actio injuriarum in bonis, aber da steht der Cession das zweite Princip entgegen, daß actiones litigiosae nicht cedirt werden können.

§. 79.

ad voc. selbst wenn die Cession unentgeldlich geschah.

Daß für den Fall einer unentgeldlichen Cession eine Ausnahme zu machen sey, hat

Faber nota e cit.

behauptet, und zwar bloß deßwegen, weil er analogisch von dem schließt, was die Gesetze nach dem folgenden Zusatz in Ansehung der Personaleinreden des Schuldners annehmen. Allein dieß ist eine höchst singuläre Milde, welche als solche nach §. 49. nicht logisch ausgedehnt werden darf. Der Hauptsatz des Compendiums hat auf allen Fall den streng juristischen Grund für sich, daß der Schuldner sich die Cession gefallen lassen muß, und daß der Cessionar Nachfolger des Cedens ist. Wäre nun der Cedens ohne Cession in eine privilegirte Lage gekommen, so hätte der Schuldner dagegen keinen Einwand machen können, also muß auch dasselbe gelten, wenn ein privilegirter Cessionar an die Stelle des Cedens tritt. Es gibt indeß Viele, welche, wie es neuerlich noch wieder Mühlenbruch gethan hat, sogar den Hauptsatz des Compendiums läugnen und dem Cessionar den Gebrauch seiner eigenen Privilegien in Rücksicht des juris cessi versagt; allein für das Compendium sind ganz entscheidend

d) Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.

L. 7. §. 2. de minoribus (4, 4.)
L. 38. pr. eod.
L. 6. de jure fisci (49, 14.) [e])

wenn man nur dabei erwähnt, daß Ulpian in dem letzten Fragment seinen Satz gar nicht aus dem besondern Vorrecht des fiscus ableitet, und daß in dem zweiten Fragment die abweichende Meinung des Paulus zwar historisch referirt, aber durch ein Rescript verworfen wird, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil man dem Cessionar die Vorrechte seiner aetas pupillaris auch in Betreff des cedirten Rechts zugestehen müsse.

ad voc. Einreden (personales.)

Um diese Materie ganz zu fassen, muß man noch Folgendes genau bemerken. Wenn ein Recht durch eine Einrede entkräftet werden kann, so sind zwei Fälle denkbar:

1) Die Einrede liegt materiell in eben den Gründen, wodurch das Recht selbst entstand. Dann ist sie in das Recht selbst verwebt und heißt exceptio rei cohaerens, z. B. wenn gegen ein durch Zwang bewirktes oder enormiter verletzendes Geschäft die exceptio metus oder laesionis enormis vorgeschützt wird.

2) Das Recht ist nach seinen Gründen in sich untadelhaft, aber es können persönliche Nebenverhältnisse zwischen dem Schuldner und Gläubiger darauf einwirken. Dann heißt die Einrede personalis, z. B. der Sohn A leiht seinem Vater B durch ein untadelhaftes mutuum 1000 fl. und, wie es zur Klage kömmt, schützt sich der Vater, als solcher, nach §. 107. mit der exceptio beneficii competentiae. Dieß vorausgesetzt, entsteht nun die Frage: Kann der debitor cessus dem Cessionar alle Ein-

e) Fiscus, cum in privati jus succedit, privati jure pro anterioribus suae successionis temporis utitur; ceterum postea quam successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an vero posteaquam convenit debitorem, posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem, et confitentem. At in privilegio varie rescriptum est, puto tamen, exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est.

reden entgegensetzen, deren er sich hätte bedienen können, wenn der Cedent gegen ihn geklagt hätte? Hier ist nun A so viel gewiß, daß die exceptiones rei cohaerentes dem Cessionar entgegenstehen, weil sie das Recht an sich mindern, und weil Niemand unbeschränkt das abtreten kann, was er an sich nur beschränkt hatte. So ist es auch klar entschieden in

L. 4. §. 27. de doli except. (44, 4.) f)

B. In Betreff der exceptionum personalium ist die Sache ganz anders; denn wenn aus dem Recht selbst keine Einrede erwächst, so können auch die persönlichen Nebenverhältnisse zwischen dem Schuldner A und dem Gläubiger B nur so lange wirken, als A und B einander gegenüberstehen. Erlauben nun die Gesetze, wie sie es thun, daß man über eine Forderung durch Cession schelten darf, so darf auch B durch Cession sein Verhältniß mit A aufheben, und der Cessionar ist dann eine neue Person, welche A als solche anerkennen muß. Ohnehin würde es zu unendlichen Weitläuftigkeiten führen, wenn bei der Klage des Cessionars, dessen Recht an sich vollgültig ist, noch immer die Frage angeregt werden dürfe, in welchen Personalverhältnissen ehemals der Cedens zum debitor cessus gestanden habe. Daher sagt denn auch

L. 4. §. 27. eod. g)

bestimmt, daß die exceptiones personales dem Cessionar nicht entgegenstehen, und nur aus besonderer Milde, dergleichen bei Schenkungen viel vorkommt, ist in

L. 4. §. 28. 29. eod.

---

f) De auctoris dolo exceptio emtori non objicitur. Si autem accessione auctoris utitur: aequissimum visum est, ei, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris et peraeque traditur, rei quidem cohaerentem exceptionem, etiam emtori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere.

g) Si, cum legitima hereditas Goji Seji ad te perveniret, et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne ad eam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem tu eam Sempronio cesseris pretio accepto, isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus, qui ei cessit, non potest pati.

die Ausnahme gemacht, daß der Schuldner dem Cessionar jene exceptiones personales entgegensetzen könne, wenn die Cession bloß Schenkungsweise geschehen sey. Nur das Einzige ist hier auffallend, daß in

L. 4. §. 27 — 29. eod. [h])

die exceptio doli unbedingt für eine personalis erklärt wird. Dennoch steht es nun einmal da, und so nehmen es auch viele gute Juristen an. Zwar glauben mehrere Juristen mit Azo und Accursius ad legem 4. §. 28. cit. man müsse das, was vorhin von den exceptionibus rei cohaerentibus gesagt ward, auch von der exceptio doli gelten lassen, wenn der Cedent das cedirte Recht durch seinen dolus erworben habe. Allein in dem Beispiel der

L. 4. §. 28. l. c.

steht gerade das Gegentheil. Der Erwerb der Erbschaft gründete sich hier gerade in dolo des Cedenten, und doch soll die exceptio doli gegen den Käufer nicht stattfinden. Eben dieß ergibt sich aus

L. 4. §. 27. ibidem.

Hier wird es nämlich als Ausnahme erwähnt, daß dem Cessionar der dolus seines Auctors, d. h. des Cedenten, dann schaden solle, si ejus accessione utitur, d. h. wenn er sich den Besitz seines Vorgängers will anrechnen lassen (§. 500. a. E.), z. B. bei der Verjährung (§. 1045.). Nun aber kann doch ein Besitz nur dolus genannt werden, wenn er durch dolus erworben ward. Da nun jene Ausnahme bloß als Ausnahme gestellt ist, so muß auch für die übrigen Fälle das Umgekehrte gelten; wofür denn auch noch

L. 21. §. 2. de peculiis (15, 1.)

angeführt werden kann. Zwar hat sich Mühlenbruch für die Idee von Azo noch berufen auf

---

h) L. 4. §. 29. Si quis autem ex causa legati vindicet, aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet: an de dolo exceptionem patiatur ex causa ejus, in cujus locum successerit? et magis putat Pomponius summovendum et puto exceptione eos esse repellendos: cum lucrativam causam sint nacti. Aliud (autem) est enim emere, aliud ex his causis succedere.

L. 4. §. 17. de doli except. (44, 4.)

und ganz gleiche Gesetze. Allein hier ist ja nicht von Cession die Rede, sondern von dem Fall, wo ein Herr oder Hausvater mit seinem Sclaven oder Sohn als identisch genommen werden muß. Es lassen sich auch jene Grundsätze der Römer recht wohl begreifen, wenn man daran denkt, daß das alte Recht überhaupt aus dem dolus gar keine Ansprüche gestattete,

Cicero, de natura Deorum Lib. 3. cp. 30.

und daß man, als durch Aquilius das Gegentheil eingeführt war, dennoch die Beschwerde über dolus nur mit der größten Aengstlichkeit gestattete

L. 1. §. 7. de dolo malo (4, 3.).

§. 80.

ad voc. **zu dessen Vortheil denn die ganze übrige Verbindlichkeit.**

Man hat mehrere Meinungen über die Frage: wer den Ueberrest gewinnt, wo die lex Anastasiana eintritt. Einige sagen mit Weber: wo von einem Recht bloß die Klage genommen sey, da behalte doch der Berechtigte als Besitzer noch Exceptionen, und so sey es auch hier. Es könne nämlich der Cessionar nicht mehr einklagen, als er selbst gegeben habe, aber als Besitzer könne er doch noch den Ueberschuß durch Einreden z. B. die exceptio compensationis, sich aneignen. Andere sagen mit Mevius: der fiscus könne den Ueberschuß von dem debitor cessus abfordern. Allein aus

L. 23. §. 1. 2. Cod. mandati (4, 35.)

ergibt sich ganz klar, daß der Schuldner den Ueberschuß gewinne, daß der Cessionar absolut davon ausgeschlossen ist, und daß hier auch der fiscus wegbleiben müsse. Denn das Gesetz sagt ja, der Cedens und Cessionarius sollten gar keinen Gewinn von dem Ueberschuß haben, den sie doch haben würden, wenn sie nach Weber's Ansicht noch per exceptionem dazu kommen könnten. Daneben sagt nun auch das Gesetz, der Schuldner solle wegen des Ueberschusses gar nicht molestirt werden. Für Leute, welche in den fiscus nicht verliebt sind, und der gibt es wenige, hat es aber immer als eine fatale mo-

lesia gegolten, wenn der fiscus sich etwas belieben ließ was man gern für sich selbst behalten hätte.

ad voc. Staatspapiere.

Das Compendium hätte hier allgemeiner sagen sollen daß gegen alle au porteur lautende Urkunden die exceptio legis Anastasianae nicht opponirt werden kann. Der Grund liegt in dem, was schon in Zusatz zu §. 74. bemerkt ward, nämlich daß bei solchen Papieren der Schuldner an sich nicht das Recht hat, zu fragen, auf welche Art der Inhaber dazu gekommen sey. Genauer hat dieß ausgeführt

Gans, Zeitschrift Bd. 1. Hft. 1. No. 6.

ad voc. hat der Cessionar auf Verlangen durch ordentlich Rechtsmittel ꝛc.

Es gibt Mehrere, welche mit Weber nota q cit. umgekehrt behaupten, von Seiten des debitoris cessi sey zu beweisen, daß der Cessionar nicht so viel Kaufpreis gegeben habe, als er jetzt einklage, indem es ja Regel sey, daß der Beklagte, wenn er eine exceptio vorschützt die Wahrheit derselben zu beweisen habe. Allein Weber wendet hier dieß Princip ganz verkehrt an; denn nach

L. 22. 23. Cod. mandati (4, 35.)

überträgt die venditio nominis das jus cessum nicht weiter auf den Cessionar, als bis auf die Größe des von dem Letzten bezahlten pretii. Weiter wie der Grund eines Rechts kann auch das Klagerecht nicht reichen. Behauptet nun der Cessionar, er könne vom debitor cessi die ganze Summe fordern, worauf die Schuldurkunde laute, so liegt darin implicite die Behauptung, daß er jene ganze Summe bezahlt habe, und diese Behauptung muß er, weil sie Theil des fundamenti agendi ist, eben deßwegen beweisen. Verlangt dieß nun der Beklagte, so liegt darin keine exceptio, sondern nur die Bemerkung, der Kläger solle alle ad fundandam actionem gehörige Thatumstände gehörig angeben, und dann gehörig beweisen. Einen Mittelweg hat neuerlich Mühlenbruch S. 577 versucht. Er gibt nämlich zu, daß dem Cessi-

nar die Beweislast obliege, behauptet aber, der Beweis sey geführt, wenn er darthue, daß er dem Cedens soviel geboten habe, als er jetzt vom debitor cessus fordere. Allein bei dieser Idee ist übersehen, daß die obigen Gesetze ein wirkliches dedisse verlangen.

§. 81.

ad voc. so ist nach der gewöhnlichen Ansicht ꝛc.

Die Unterscheidungen zwischen bona und mala fides, welche das Compendium gemacht hat, sind allerdings der gewöhnlichen Praxis gemäß. Vergleicht man indeß die Gesetze in nota p mit

L. 6. de jure fisci (49, 14.),

wonach an sich gegen eine cessio in fiscum nichts einzuwenden ist, obgleich der fiscus gewiß zu den potentioribus gehört; so hat es theoretisch alles für sich, wenn die neueren Theoretiker gesagt haben, die Nullität der Cession und die Verwirkung des cedirten Rechts trete nur dann ein, wenn sich Jemand boshafterweise einen potentior substituire, um so seinem Gegner das Leben sauer zu machen, welches denn auch recht gut zu den allgemeinen Principien des §. 56. paßt.

Zweite Abtheilung.

Ueber Verbindlichkeiten.

§. 82.

ad voc. Ein gesetzwidriges Geschäft ist daher im Zweifel mit allen Anhängern null und nichtig.

In Betreff gesetzwidriger Handlungen und deren Nullität unterscheide man diese Fälle:

1) Die Handlung ist gegen ein Prohibitivgesetz, also positiv verboten. Nach einer lückenhaften Stelle in

Ulpiani fragmenta tit. 1. §. 1. 2.

scheint hier der frühere Republikanismus zur Nullität der illegalen Handlung noch eine besondere gesetzliche Drohung verlangt zu haben. Allein juristisch consequent war

dieß nicht, und paßte auf keinen Fall zu dem Geist der kaiserlichen Regierung; daher denn in

L. 5. Cod. de leg. (1, 14.)

absolut gesagt ist: die Nullität einer verbotenen Handlung trete von selbst ein, auch wenn der Regent die Nullität nicht besonders gedroht habe. Aus besonderer Milde sind wohl zuweilen Ausnahmen gemacht (z. B. §. 388.). Allein dennoch kann man durchaus nicht mit Manchen die gesetzliche Regel der L. 5. Cod. cit. ganz entkräften, welches durchaus gegen die Principien des §. 35. No. 1. seyn würde. Dennoch gibt es Manche, welche das Gegentheil behaupten, wenigstens in dem Fall, wenn ein Gesetz etwas bei Strafe verbietet, wo der Bürger die verbotene Handlung gültig vornehmen könne, wenn er sich die Strafe wolle gefallen lassen. Allein es ist dieß nun einmal gegen den Buchstaben der

L. 5. Cod. cit.

Die Gegner stützen sich zwar darauf, daß nach

L. 41. de poenis (48, 19.)

doppelte Strafe nicht verhängt werden solle. Allein diese Regel hat ja mehrfache Ausnahmen, auch kann man die bloße Nichtigkeit einer illegalen Handlung keine poena, sondern nur ein verfehltes Bestreben nennen; daher ja auch der Dieb nicht sagen kann, sein furtum bleibe in Rechtskraft, wenn er sich die poena furti wolle gefallen lassen, weil er doch keine doppelte Strafe leiden könne; vielmehr wird neben seiner poena auch das furtum als nichtig behandelt, und die gestohlene Sache kann sogar von ihm vindicirt werden.

2) Ein Gesetz verbietet eine Handlung nicht, fordert aber eine andere Handlung in gewisser Form. Dann meinen Viele, daß ohne eine besondere Androhung der Nullität die gesetzwidrige Handlung gelte, weil

L. 5. Cod. cit.

für diesen Fall nicht im Zweifel die Nullität gedroht habe. Allein, da das tacitum und implicitum überall dem expresso gleichsteht, und da der Gesetzgeber, welcher nur die Handlung A zuläßt, eben damit ausdrückt, daß er die Handlung B nicht haben wolle, so muß man

hier die gebietenden und verbietenden Gesetze einander ganz gleich stellen, wofür sich auch Entscheidungen finden, theils in den Gesetzen des §. 28. nota **, theils in

§. 12. I. de nuptiis (1, 10.)
Tit. Cod. de praediis et aliis rebus (5, 71.)
L. 12. Cod. de test. (6, 23.).

§. 84.

ad voc. **wobei der Gläubiger nur einfach klagen** ꝛc.

Um das, was das Compendium hier angedeutet hat, in seinen Unterschieden zu fassen, muß man Folgendes vor Augen haben:

1) Oftmals wird der Schuldner durch den Grund, worauf die Verbindlichkeit beruht, nach der Strenge nur zu Leistung dieses oder jenes Objects verpflichtet, z. B. A sagt zu B: ich verspreche dir dieses Pferd oder diesen Wagen. Hier hat nun B kein Recht bloß auf das Pferd, oder bloß auf den Wagen, sondern er muß es dem A überlassen, ob er das eine oder das andere geben will. Kommt es also zur Klage, so muß B nicht bloß auf das eine Object, sondern alternativ, auf das eine oder das andere klagen.

2) In manchen Fällen geben die Gesetze dem Gläubiger nach der Strenge nur ein einziges Recht, unterwerfen also den Schuldner nur einer einzigen Verbindlichkeit, gestatten aber dabei dem Schuldner ein beneficium, um, wenn er will, der Klage ausweichen zu können. Da man bloß Zwangsrechte verfolgen, aber Niemand darauf belangen kann, daß er sich eines beneficii bediene, so muß hier der Gläubiger einfach bloß aus seinem Recht klagen, und es stillschweigend der Willkühr des Schuldners überlassen, ob er lieber die eigentliche Pflicht erfüllen, oder mit Berufung auf sein beneficium ausweichen will, wovon in §. 198. a. E. ein Beispiel vorkommt.

Die Folgen jener Unterschiede sind wichtig. Denn klagt der Gläubiger in dem obigen Fall unter Nro. 1. einfach, oder in dem Fall unter Nro. 2. alternativ, so treffen ihn die Strafen der pluris petitio,

§. 33. I. de act. (4, 6.).

Unsere guten Practiker pflegen dieß indeß für apices zu
zu erklären, und so über die Fehler, welche man h
häufig zu machen pflegt, freundlich wegzusehen.

ad voc. selbst beim Zurückfordern des Zuvielg
gebenen.

Um diesen wichtigen Satz zu erläutern, nehme m
nun diese Beispiele: A ist dem B ein Pferd oder 100
schuldig geworden. In dem entschuldbaren Irrthum,
sey beides copulativ schuldig, bezahlt er nun beides, l
also nach §. 972. wegen des einen Objects die condic
indebiti. Als Schuldner hätte A, wenn ihn B belang
die Wahl gehabt; wie wird es nun aber jetzt, wenn v
der Rückgabe Eines jener Dinge die Rede ist? Hierül
stritten die römischen Juristen. Mehrere sagten mit C
sus, dessen Meinung noch in

L. 26. §. 13. de condict. indeb. (12, 6.)

angeführt wird, der B habe die electio, weil bei alt
nativen Obligationen das Princip sey, daß im Zwei
der debitor die Wahl habe, und weil bei der Rückfo
derung der Gläubiger, welcher zuviel empfing, nun a
der debitor behandelt werden müsse. Eine zweite Part
dagegen gestattete dem A die Wahl, und gewiß a
billigsten, weil sonst der Zweck der condictio indebi
nämlich die volle restitutio contra errorem nicht errei
würde, und für diese Parthei entschied nun auch Ju
nian in

L. 10. Cod. de condict. indeb. (4, 5.).

Manche meinen nun zwar, bei Correalobligation
(§. 224.) müsse man von dem Princip eine Ausnah
machen. Allein es läßt sich nur behaupten, daß sie h
auf eine eigene Weise anzuwenden sind. Man setze die
Fall: A und B versprechen, als correi debendi, d
X ein Pferd oder 100 fl., zahlen aber nachmals a
entschuldbarem Irrthum beide Obligationen. Hier si
nun zwei Fälle denkbar, nämlich:

1) Das eine Object wird vor dem andern gezah
z. B. A gibt am 1. Mai dem X das Pferd, und d
auf zahlt B am 2. Mai dem X auch noch dazu 100
Hier hat bloß der B die condictio auf 100 fl. De

wie A das Pferd an X gezahlt hatte, so war damit das ganze Recht des X erloschen, also doch gut getilgt, und so bleibt hier nur für die Zahlung des B die condictio indebiti übrig.

2) A und B zahlen in demselben Augenblick dem X aus Irrthum das Pferd und 100 fl., und entschließen sich nachher ihres Irrthums wegen zu einer theilweisen Rückforderungsklage. Da hier X auf allen Fall befugt war, das ganze Pferd oder die ganzen 100 fl. zu fordern, so kann er auch nicht gezwungen werden, pro rata Theile des einen und des andern Objects zu restituiren. Für diesen Nothfall nun entscheidet

L. unica de cond. indeb. (12, 6.):

es sey dem X erlaubt, das Ganze einem der Zahlenden zu restituiren. Damit ist ihm das Recht gegeben, die Person des Rückempfangs nach seiner Wahl zu bestimmen; allein ist dieß geschehen, so kann auch diese Person das eine oder das andere Object wählen, welches freilich die Pandecten nicht bestimmen, was aber aus der klaren Entscheidung Justinians in

L. unica Cod. cit.

ganz von selbst folgt.

ad voc. seine Erben an seine Stelle treten.

Die Gesetze in nota x bestätigen diesen Satz aufs bestimmteste. Zwar sind die am Ende jener Note citirten Schriftsteller wegen

L. 76. pr. L. 141. pr. de verb. oblig. (44, 1.)

anderer Meinung. Allein diese Gesetze reden nicht von der Vererbung des Wahlrechts, sondern sagen nur, daß der lebende Gläubiger, der sich das Wahlrecht bedungen hatte, dieses Wahlrecht nicht cediren könne, so lange er lebe, welches alles ganz natürlich ist; denn das Sterben kann Niemand lassen, und da muß jeder Schuldner auf die nothwendigen Folgen der Vererbung rechnen, aber so lange der Gläubiger lebt, ist kein Nothstand vorhanden, und da hat der Schuldner, der dem Gläubiger die Wahl überließ, immer dieß für sich, daß man oft ohne Gefahr einem dummen und geschmacklosen Menschen ein Wahlrecht gestatten kann, das, durch einen bessern aus-

geübt, höchst gefährlich werden könnte. Daher neh auch nach nota u Viele an, daß der Gläubiger das verliehene Wahlrecht nicht cediren könne. Das letzte indeß wieder Mühlenbruch S. 242 — 256. geläug indem er die Gesetze in nota u bloß auf homines al juris beziehen will. Allein in der L. 76. cit. ist Vordersatz ganz allgemein, und auf gleiche Art der N satz, sofern man nur daran denkt, daß ein Sclave kei heres haben kann. Die Gesetze in nota u bestätigen noch offenbar analogisch das bisher Gesagte.

§. 85.

ad voc. In Rücksicht der Fortdauer und des Er schens alternativer Verbindlichkeiten rc.

Um alles, was der §. 85. gesagt hat, ganz ge zu entwickeln, muß man folgende hier denkbare F unterscheiden:

I. Ein bloßer Zufall ist Grund der Vernichtu

1) Der Schuldner hat die Wahl.

A) Nur ein Object geht unter.

Dann hat der Schuldner, vermöge einer sehr son baren Milde, die Wahl, den Werth des untergegange Objects, oder das vorhandene Object zu geben.

L. 47. §. 3. de legatis I. (30.)

L. 95. §. 1. de solut. (46, 3.).

B) Beide werden durch Zufall vernicht

Damit ist natürlich nach der Regel: impossibilium n datur obligatio, das ganze Recht des Gläubigers a gehoben.

2) Der Gläubiger hat die Wahl.

A) Nur ein Object geht unter.

Dann kann er bloß das übrig gebliebene fordern.

L. 95. pr. cit.

L. 34. §. 6. de contrah. emt. (18, 1.).

B) Beide werden vernichtet.

Dann erlischt natürlich durch den casuellen Unterga jenes Recht.

L. 43. §. 6. cit.

II. Bei dem Untergang fand culpa statt.

1) Von Seite des Schuldners.

A) Der Schuldner hatte die Wahl.

a) Nur ein Object wird vernichtet.

Da es sonst Regel ist, daß Jedem seine eigene Schuld schade, und daß der, welcher auf species Anspruch hat, nicht durch ein Aequivalent abgefunden werden kann, so müßte man juristisch sagen: der Schuldner hat das noch vorhandene Object zu geben, und kann den Gläubiger nicht mit dem Werth des vernichteten abfinden. Allein nach nota d nehmen Manche wegen

L. 95. §. 1. de solut. (46, 3.)

das Gegentheil an, sofern der Werth des vernichteten Objects nicht geringer sey, als der des erhaltenen. Die Vernunft ist aber gewiß dawider, und man kann hier auch mit Cujacius bei der Vernunft bleiben, wenn man die Worte: si longe fuit vilior, wegen der übrigen Sätze nur auf das wahrscheinlich Factische bezieht, nämlich darauf, daß der Schuldner gewöhnlich den Preis der untergegangenen Sache anbieten wird, wenn die erhaltene Sache viel mehr werth ist, woraus denn noch nicht folgt, daß sich der Gläubiger, welcher durch culpa verletzt ist, eine solche Wahl muß gefallen lassen.

b) Beide werden vernichtet.

A) Zu verschiedenen Zeiten.

aa) Das erste durch culpa, das andere durch Zufall.

Nach der Strenge kann man sagen: Wenn der Schuldner da, wo er die Wahl hat, das erste Object willkührlich vernichtet, so ist dieß eigentlich keine culpa; weil er seines Wahlrechts wegen dieses Object nicht zu geben brauchte, also damit umgehen konnte, wie er wollte. Wegen des casuellen Untergangs des zweiten Objects haftet er aber auch nicht, da Niemand den casus zu verantworten braucht. Allein inhuman ist doch seine willkührliche Vernichtung des ersten Objectes; weil sie für den Gläubiger ohne Noth die Gefahr des casus vermehrt. Da nun die Römer auf bona fides soviel Gewicht legen, und sich gegen jedes malitiosum erklären, so ist hier in

L. 95. §. 1. cit.
dem Gläubiger wegen des muthwillig vernichteten Object eine Entschädigungsklage gegeben.

bb) Beide gehen durch seine culpa unter.

Dann hat der Schuldner den Werth des zuletzt ver nichteten Objects zu zahlen; denn das erste durfte seines Wahlrechts wegen vernichten, und so blieb sein Verbindlichkeit an dem zweiten Object hangen, desse Werth er natürlich bezahlen muß, wenn es durch sein culpa unterging.

cc) Das erste Object ging durch Zufa unter, das zweite aber durch die culp des Schuldners.

Dann sollte man eigentlich sagen: Der Werth de zweiten, als des allein übrig gebliebenen, Objects ist z erstatten. Da indeß der Schuldner den Werth des dur Zufall untergegangenen ersten Objects zur Abfindun geben kann, wenn das zweite noch existirt, wie obe unter Nro. I. 1. A. gezeigt ward, so scheint nach de Analogie dasselbe gelten zu müssen. Es ist indeß m der Analogie eine mißliche Sache, wenn der Vordersa auf einem schlechten Grund beruht, und eigentlich unju ristisch ist. Indeß haben ihn die römischen Juristen nic so angesehen, sondern als etwas, was billig sey.

B) Zu derselben Zeit.

Da der Schadenersatz ein Surrogat der Hauptsac ist, so muß man hier auch dem Schuldner, in sofern an sich die Wahl hat, in Beziehung auf Erstattung de Werthes dasselbe Wahlrecht lassen.

B) Der Gläubiger hatte die Wahl.

a) Der Schuldner vernichtet nur ein Objec

Dann kann der Gläubiger seines Wahlrechts weg das vorhandene Object fordern, oder den Werth d vernichteten.

b) Es werden beide Objecte vernichtet.

A) Zu verschiedenen Zeiten.

aa) Das erste durch culpa, das zwei durch casus.

Dann kann allein der Werth des ersten geford

werden, weil bloß dabei der Fehler des Schuldners stattfand.

bb) Beide durch culpa des Schuldners.

Dann muß dem Gläubiger, weil er bei den Hauptobjecten das Wahlrecht hat, auch bei der Forderung des Werthes das Wahlrecht bleiben.

cc) Das erste Object geht unter durch Zufall, das zweite durch culpa.

Dann ist der Schuldner natürlich nur wegen des letzten verantwortlich.

B) Beide werden zugleich vernichtet.

Dann muß dem Gläubiger, wie in den Hauptobjecten, so auch in dem Surrogat des Schadensersatzes sein Wahlrecht bleiben.

2) Von Seiten des Gläubigers fand culpa statt.

A) Der Schuldner hatte die Wahl.

a) Der Gläubiger vernichtet nur ein Object.

Dann müßte man eigentlich so sagen: Der Schuldner kann dabei interessirt seyn, gerade eine species zu behalten, und seines Wahlrechts wegen ist er dazu befugt. Die culpa des Gläubigers kann dieß nicht ändern, mithin kann hier der Gläubiger nicht geradezu klagen, daß ihm die eine species gegeben werde, sondern er muß dem Schuldner die freie Wahl lassen, ob dieser die erhaltene species geben, und für die vernichtete das Interesse bezahlt haben will. Allein in

L. 54. ad leg. Aquil. (9, 2.)

entscheidet Paulus, der Gläubiger habe nur eine Klage auf die übriggebliebene species gegen Entschädigungspflicht der vernichteten. Da indeß nach dem obigen bei dem zufälligen Untergang des einen Objects der Schuldner die Wahl hat, die andere species zu behalten, und den Werth der untergegangenen zu bezahlen, und da das, was der Gläubiger selbst vernichtete, auf allen Fall für ihn als zufällig untergegangen angesehen werden muß, so kann hier dem Schuldner nicht verwehrt werden, der durch L. 54. cit. nach der Strenge gestatteten Klage dadurch auszuweichen, daß er demselbigen nach den obigen

Principien unter I. 1. A. den Werth der vernichteten Sache als Zahlung anrechne.

b) Beide werden vernichtet.

A) Zu verschiedenen Zeiten.

aa) Das erste culpose, das zweite durch Zufall.

Dann bleibt der Gläubiger nach L. 54. cit. wegen seiner culpa verantwortlich, und verliert wegen des casus seine Rechte am zweiten Object.

bb) Beide durch culpa des Gläubigers.

Dann muß nach Analogie dessen, was oben unter 2. A. a. gesagt ist, dem Schuldner die Wahl bleiben, das Interesse wegen des einen oder des andern Objects zu berechnen.

cc) Das erste durch Zufall, das zweite durch culpa.

Da der Schuldner nach dem Obigen das existirende Object gegen Erlegung des Werthes des durch Zufall verlornen behalten kann, oder umgekehrt, so kann ihm hier natürlich die culpa des Gläubigers dieses Recht nicht nehmen.

B) Zu derselben Zeit.

Dann gilt aus völlig gleichen Gründen das eben Gesagte.

B) Der Gläubiger hatte die Wahl.

a) Er vernichtet culpose nur ein Object.

Dann muß man sagen: Das culpose Vernichtete gilt überall als empfangen, und damit ist hier denn die Klage des Gläubigers auf das übrig gebliebene andere Object aufgehoben.

b) Beide Objecte werden vernichtet.

A) Zu verschiedenen Zeiten.

aa) Das erste durch culpa, das zweite durch casus.

Dann gilt das erste als empfangen, mithin hat der Gläubiger an dem zweiten kein Recht, und so geht dieß auf Rechnung des Schuldners unter.

bb) Beide werden durch culpa des Gläubigers vernichtet.

Dann hat er nach dem, was eben unter B. a. gesagt ward, das zuerst vernichtete Object als empfangen anzurechnen, und das letzte zu bezahlen.

cc) Das erste wird durch Zufall, das letzte durch culpa vernichtet.

Dann kann nichts gefordert werden, weil der Gläubiger hier bloß das vernichtete, was er noch zu fordern hatte, und weil diese seine culpose Vernichtung nach den obigen Grundsätzen behandelt werden muß, als ob er das vernichtete Object empfangen hätte.

B) Zu gleicher Zeit.

Dann kann der Gläubiger, wie in den Hauptobjecten, so auch in der Entschädigung wählen, ob er den Preis des einen oder des andern vernichteten Objects bezahlen will.

§. 88.

ad voc. adjectus.

Eine Art der adjectorum sind die sogenannten adstipulatores, worüber wir aus Gajus nota k cit. noch wieder neue Aufschlüsse erhalten haben. Wenn man den Begriff der Vererbung streng nimmt, so kann man eigentlich nur sagen, es werden die activa und passiva transferirt, welche der Verstorbene hatte. Fangen also Rechte und Pflichten erst von dem Erben an, so folgt dieß nicht aus dem Begriff der successio, und daher ward denn früher das strenge Princip angenommen: actiones non incipere a heredibus aut contra heredes, d. h. der Erblasser kann nicht durch Vertrag ausmachen, daß ein Recht oder eine Pflicht erst bei seinem Erben anfangen solle. Da indeß das Gegentheil alle Billigkeit für sich hat, auch wenn es nicht aus dem Begriff der successio folgt, so ward durch Justinian diese ganze Subtilität verworfen.

§. 13. I. de inutil. stip. (3, 20.)
L. 11. Cod. de contrah. stip. (4, 38.) [i])
L. unica Cod. ut actiones et ab hered. (4, 11.).

i) Invitum comparare vel distrahere postulantis desiderium, justam causam non continet.

Früher half man sich hier durch einen Winkelzug, welcher freilich im Grunde eine Inconsequenz war, besonders mit Rücksicht auf die Regel, daß das Mandat durch den Tod erlischt (§. 909.). Man nahm nämlich den Satz an, es gelte, wenn Jemand ein Mandat ertheile, daß nach seinem Tode sein Mandatar etwas vollführe.

L. 12. §. ult. L. 13. L. 27. §. 1. mandati (17, 1.) [k]) L. 108. de solut. (46, 3.) [l]).

Wollte nun z. B. der A, daß seinen Erben durch den X etwas gezahlt werde, so ließ er den B als Mitgehilfen des Geschäfts stipulirend beitreten. Starb dann A, so konnte B als adstipulator den X belangen, dagegen aber auch als Mandatar des A von dessen Erben auf Herausgabe des Empfangenen actione mandati belangt werden. Justinians Vorschrift macht nun freilich für jenen Fall eine solche Cautel überflüssig, aber doch kann das Zuziehen eines Anderen für den Gläubiger Vortheile haben, wenn er nämlich wünscht, daß dieser befugt seyn solle, für ihn unter Umständen Zahlung anzunehmen.

§. 92.

ad voc. auf Uebergabe der Sache und Leistung der Handlung dringen.

Man hat über diesen Punkt mehrere abweichende Theorien. Eine Parthei sagt nämlich mit

Thomasius nota z cit.:

Der Schuldner könnte stets, selbst bei einer obligatio faciendi, auf wirkliche Leistung belangt, darauf verurtheilt, und auch durch gradweise gesteigerte Zwangsmittel

k) L. 27. §. 1. Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres: constitit obligatio; potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire: veluti si, poenitentia acta, servum reciperare velim.

l) Ei, qui mandati meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur: quia talis est lex obligationis, ideoque, etiam invito me, recte ei solvitur. Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur.

bis zu Gefängniß und Schlägen hinauf dazu angehalten werden. Eine zweite Parthei dagegen behauptet mit Bardili l. c.: Bei einer obligatio faciendi finde nur auf das Interesse, nicht aber auf das factum, Klage, Verurtheilung und Zwang statt. Doch machen sie wieder manche Ausnahmen, indem sie einen absoluten Zwang zulassen, wenn die Verbindlichkeit aus dem Gesetz oder richterlichen Urtheilen entsteht, oder eidlich bestärkt sey; für welche Ausnahmen, wie auch Bardili zugibt, sich ganz und gar nichts sagen läßt. Eine dritte Parthei nimmt das, was die zweite Parthei bloß bei obligationibus faciendi behauptet, schlechthin bei allen Obligationen an. Allein vergleicht man die zum Compendium citirten Gesetze, so ist es ganz klar, daß die Römer sagen: Klage und Urtheil finden bei allen Obligationen auf genaue Leistung statt, wodurch sich auch Niemand gekränkt fühlen kann, weil hier nur wörtlich ausgesprochen wird, was das Recht mit sich bringt. Allein wenn der Schuldner auch dem Urtheil nicht folgen will, so wird die Sache freilich mißlicher, weil man hier, um die genaue Leistung herauszubringen, einen körperlichen Zwang anlegen müßte, gegen den natürlich jeder freie Mann den größten Widerwillen hat. Daher nehmen hier nun die Römer an, daß die Execution bloß gegen das Vermögen zu richten sey. Soll also der Schuldner eine species herausgeben, so wird sie manu militari abgeholt, sonst aber wird er ausgepfändet, damit auf diese Art der Gläubiger nach Liquidirung seines Interesse durch den Verkauf der Pfandstücke befriedigt werde.

§. 94.

ad voc. wie eine Waarenschuld.

Dieser Satz über Waarenschulden ist gewöhnlich angenommen, aber nicht streng rechtlich, weil das allmählige Zusammenkommen vieler Schulden gar nicht zu der Idee einer Einheit führt. Daher hat auch jetzt

Gesterding, Nachforschungen 3. B. S. 410—420.

sich gegen die herkömmliche Praxis erklärt, und dann auch die Ausnahme verworfen, welche das Compendium in nota h, wegen des in dieser Note citirten ganz klaren

Gesetzes gemacht hat, und welche Gesterding auf allen Fall hätte zulassen sollen. Auch die letzte Ausnahme in §. 94. läugnet er, weil das Reichsgesetz in nota i nur transitorisch sey, wie es auch der Verfasser des Compendiums in nota i zugegeben hat. Dagegen nennt Gesterding wegen

L. 22. §. 1. de usuris (22, 1.)

eine Ausnahme, welche keine ist, weil hier kein Recht auf volle gleichzeitige Zahlung stattfindet, nämlich wenn sich der Schuldner ausbedung, bloß theilweise zahlen zu dürfen. Auf allen Fall ist materiell gegen diese sogenannte Ausnahme nichts einzuwenden.

§. 95.

ad voc. **keine mehr natürliche Regel aufstellen.**

Es gibt über diesen Punkt drei verschiedene Hauptmeinungen. Einige machen es dem Schuldner zur Pflicht, im domicilio des Gläubigers zu zahlen, und zwar in

L. 21. de operis libert. (38, 1.) m).

Allein aus diesem Fragment läßt sich um so weniger jene Regel bilden, da in demselben bloß von Freigelassenen die Rede ist, welche oft unter singulairen Principien standen. Andere stellen daher gerade die Regel umgekehrt. Noch andere fühlen, daß dieß auch zu hart sey, und verweisen daher unbestimmt auf die Praxis, welche hier leider wenig Bestimmtes hat, da die Leute oft aus Gefälligkeit und Zerstreuung hier manches thun, was man nicht gerade fordern könnte. Wie es scheint, muß man hier so unterscheiden:

1) Es ist die Rede von einer obligatio ex contractu. Alsdann entscheidet das Princip der

L. 35. de reg. jur. (10, 17.) n),

daß ein Gesetztes durch sein directo contrarium aufge-

m) Operae enim loco edi debent, ubi patronus moratur, sumptu scilicet et vectura patroni.

n) Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

hoben werden muß. Bei den Consensualcontracten (§. 854.) ist also im Zweifel da zu zahlen, wo die Zustimmung ertheilt ist, und bei den realibus (§. 886.) an dem Ort des ersten Empfanges.

2) Ist dagegen die Obligation von anderer Art, so existirt kein besonderes Princip, welches zum Vortheil des Gläubigers spricht, und daher muß dann nach Zusatz zu §. 53. der Gläubiger den Schuldner aufsuchen. Allein man muß sich hier nicht stören lassen durch den Umstand, daß hier manches des taciti wegen anders genommen werden muß, wie z. B. aus diesem Grunde Niemand zweifeln kann, daß der Diener dem Herrn folge. Gerade einen solchen Fall enthält nun bloß L. 21. cit. Läßt es übrigens der Schuldner durch seine mora zur Klage kommen, so kann nun freilich nach nota u die Ablieferung am Prozeßorte verlangt werden, aus welcher Einzelheit dann jetzt eine absolute Regel gemacht hat

Bethmann Hollweg, Versuche über den Civilprozeß S. 18. 19.

§. 102.

ad voc. durch Versehen.

Die Praxis hat mit den ältern Theoretikern immer angenommen, daß die mora mit ihren nachtheiligen Folgen nur dann anzunehmen sey, wenn Jemand schuldvoll und ohne Rechtsgrund der Weigerung eine Verbindlichkeit nicht erfülle, und hiefür ist denn auch die ganze Reihe von Gesetzen in nota n. Dagegen hat nun aber

Schöman nota n cit.

eine neue Theorie aufgestellt, indem er behauptet, man werde von dem Vorwurf der mora nur dann frei, wenn der schuldige Gegenstand überhaupt nicht existire, keineswegs aber durch ein bloß subjectives Unvermögen, auch wenn es unverschuldet sey, und zwar wegen

L. 3. §. 3. de act. emti (19, 1.)
L. 5. de reb. cred. (12, 1.) o)
L. 137. §. 4. de verb. oblig. (45, 1.).

---

o) Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares: tuum

Allein das erste Fragment bestimmt nur, was von Seiten des Schuldners als conditio sine qua non zur mora creditoris gehöre, erörtert aber gar nicht weiter, ob ohne alle culpa doch noch eine mora anzunehmen sey, welches nach allen übrigen Gesetzen zu verneinen ist. Das zweite Fragment ist dagegen geradezu wider Schömann, und das dritte, welches ihn wahrscheinlich allein zu seiner neuen Theorie verleitete, sagt auch nichts von dem, was er darin finden will, sondern bloß, daß durch subjectives Unvermögen der Anfang einer *obligatio* nicht abgewandt werde, womit denn durchaus noch nicht gesagt ist, daß eo ipso mit der obligatio auch die mora mit ihren nachtheiligen Folgen eintrete,

L. 33. locati (19, 2.)

daher es auch gar nicht nöthig ist, wenn

Brauer, Erläuterungen 3. Bd. S. 81—84.

zum Vortheil der gemeinen Theorie bei

L. 137. §. 4. cit.

supponirt, daß der Jurist bei dem dort genannten subjectiven Unvermögen auch noch nebenbei an eine stattgehabte culpa gedacht habe.

§. 103.

ad voc. muß aber doch dahin beschränkt werden.

In Ansehung dieser Sätze ist ein zweifacher Streit. Es gibt nämlich:

1) Viele, welche behaupten, der morosus hafte absolut wegen des casus, auch dann, wenn die Sache bei dem Gläubiger würde untergegangen seyn, folglich sey die Limitation des Compendiums (welche die Praxis stets annahm), als falsch zu verwerfen, und zwar vermöge der Gesetze in nota r, weil hier der morosus absolut wegen des casus verantwortlich gemacht werde. Allein die Gesetze in nota r stellen nur die Regel auf, daß der

---

fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit: animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id, necne: aut dolo malo feceris, quo minus esset, vel fuerit, necne: sed etiam, si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

morosus den Zufall trage, welche Regel aber durch die Gesetze in nota t ganz bestimmt auf die im Compendio angegebene Weise wieder limitirt wird, und diese Limitation muß man dann gelten lassen, weil die Gesetze selbst die Combinationsmethode vorgeschrieben haben (§. 55. nota p), und weil es überall Sitte der römischen Juristen ist, erst nach dem Gewöhnlichen die Regel absolut zu stellen und erst hinterher die nöthigen Limitationen folgen zu lassen, (z. B. Zusatz zu §. 68.).

2) Die, welche die Limitation des Compendiums annehmen, lassen sie aber oft bei Dieben und Räubern wegfallen, weil von diesen in den Gesetzen gesagt werde: in perpetua mora esse videntur. Allein dieß heißt offenbar nur, daß sie sofort mit der Ergreifung in mora sind, und unverändert als morosi gelten, bis sie die Sache restituirt haben. Nirgends steht aber, daß sie in Ansehung der Folgen der mora härter behandelt werden sollen, als andere morosi; vielmehr steht in dem ersten Allegat der nota s das Gegentheil, wenn man damit

L. 1. §. 34. L. 19. de vi (43. 16.)

vergleicht. Dennoch ist jetzt wieder von

A. O. Krug, selecta de condictione furtiva capita. Lipsiae 1830. p. 1—30.

behauptet worden, der Dieb hafte absolut wegen des casus, und zwar:

a) weil die condictio furtiva eine actio stricti juris sey;

b) weil der Diebstahl zu den schweren Vergehen gehöre, wobei die Gesetze eine unbedingte Verpflichtung annehmen;

c) weil der Dieb nach alter Strenge zufolge

L. 8. §. 1. de cond. furtiva (13, 1.) p)

den höchsten Werth habe erlegen müssen, den die Sache jemals gehabt habe, wobei also vom zufälligen Untergange nicht habe die Rede seyn können;

---

p) Si, ex causa furtiva, res condicatur: cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur, placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: maxime cum, deteriorem rem, factam fur dando, non liberatur: semper enim moram fur facere videtur.

d) weil in vielen Gesetzen dem Diebe absolut der casus zur Last gelegt werde, namentlich auch der natürliche Tod eines Sclaven, welcher sich doch nie abwenden lasse.

Allein man bemerke dagegen:

ad a) Nirgends steht, daß die condictio furtiva stricti juris sey; auch halten es die Römer für natürlich, daß man selbst auf stricti juris negotia die Principien über den casuellen Untergang anwende.

L. 45. de obl. et act. (44, 7.) q)

ad b) Nirgends steht, daß der Delinquent bei schweren Verbrechen in Betreff des casus härter gehalten werden solle, als andere.

ad c) Neben dem Satz, daß rückwärts der höchste Werth zu bezahlen sey, kann recht wohl die Einschränkung bestehen, daß bei dem zufälligen Untergange der Sache diese oder jene Milderung eintrete. Es ist auch ganz unerweislich, daß nach älterem Recht von dem Diebe absolut der Werth gefordert werden konnte, den die gestohlene Sache jemals gehabt hatte. Denn in

L. 8. §. 1. de cond. furt. (13, 1.)

wird von Ulpian das quo res unquam plurimi fuit, nicht als eine Antiquität ausgesprochen, sondern raisonnirend, und er selbst bestimmt dieß in

L. 2. §. 3. de privat. delict. (47, 1.)

dahin, daß der Dieb den höchsten Werth erlegen müsse, der die Sache hatte, so lange sie eine gestohlene war (a tempore judicii *accipiendi*). Hierauf ist denn auch L. 8. §. 1. cit. um so mehr mit unsern bisherigen Juristen zu beziehen, da ihre ratio: semper moram fur facere videtur, auch bloß darauf geht.

ad d) Die Pflicht, den casus zu prästiren, sprechen die Gesetze, wie gesagt, sehr oft für alte debitores morosos absolut aus, und doch machen andere Gesetze die

---

q) Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit, et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit: non tenetur: non enim per eum statisse videtur, quo minus eum praestaret.

erwähnte Ausnahme, und dieß namentlich in Betreff der gewaltsamern Besitzer. Bei dem natürlichen Tode kann zur Beibehaltung der Regel, daß der morosus im Zweifel den Zufall trägt, auch ein sehr guter Grund seyn, weil nämlich das Streben durch Krankheit vielfach von der Pflege und Diät abhängt, und so also der Gläubiger sagen kann: in meiner Pflege und Aufsicht würde es dem Sclaven besser gegangen seyn.

ad voc. zwar nicht allgemein.

Viele stellen unbedingt die Regel auf: der Schuldner verliere bei einer obligatio alternativa (§. 84.) das Recht der Wahl, welches denn unter Umständen eine ungeheure Strafe seyn könnte. Zum Glück sind auch die Gesetze in nota d durch ihre unbedingte Allgemeinheit dawider. Dagegen ist auch noch besonders

§. 34. I. de act. (4, 6.),

wo es Justinian für eine pluris petitio erklärt, wenn der Creditor bei einer obligatio alternativa einfach klage. Nun aber wird eine Klage gewöhnlich erst dann erhoben, wenn der Schuldner wirklich in mora ist.

L. 3. pr. de usuris (22, 1.)

Nur einen Fall haben wir nach §. 95. nota m, daß das Wahlrecht des Schuldners durch dessen mora verloren gehe, nämlich wenn eine Art der Zahlung alternativ verabredet war. Allein aus solchen Ausnahmen kann man doch offenbar die gesetzliche Regel nur limitiren, nicht aber die Regel ganz entfernen. Freilich sieht man den Grund jener Ausnahme hier nicht; allein es ist nur zu oft der Fall, daß einzelne Classiker da und dort eine schiefe Nebenidee in praxi durchsetzten, welche man denn als recepta sententia beibehielt, während man im übrigen das richtige Hauptprincip befolgt. Ein Beispiel ist schon in Zusatz zu §. 68. gegeben, und ein anderes findet sich in

L. 6. §. 2. si servit. vind. (8, 5)

ad voc. wird durch den Verzug erhöhet.

Es ist eine höchst bedeutende Frage, nach welchem Moment der Werth zu berechnen ist, wenn der Schuld-

ner in mora war. Leider sind hier die Gesetze zum Theil unbestimmt und scheinbar widersprechend, worüber sich Leyser sehr gefreut hat, weil man siege, wenn die Feinde sich unter sich schlügen, und weil man nun hier so glücklich sey, dem Naturrecht folgen zu können, d. h. dem, was Leyser's Feder zufällig zu Papier gebracht hat. Geht man der Sache näher, so muß man diese Fälle unterscheiden:

I. Der zu zahlende Werth wird nicht durch den Richter bestimmt, sondern durch die eigene eidliche Taxe (juramentum in litem) des Verletzten, wozu dieser nach Prozeßregeln das Recht hat, wenn ihm sein Gegner durch dolus oder culpa lata schadete. Hier glauben nun Viele mit

Faber, errores pragmat. pars 1. dec. 17. error 6.

es hänge bei diesem Eide alles von der Willkühr des Schwörenden ab, mithin sey hier gar kein Normaltermin anzunehmen. Diese Idee beruht zunächst auf einem Princip, dessen Falschheit in §. 275. bewiesen werden solle, nämlich, daß bei dem juramento in litem auch die Affectionen beschworen werden dürfen. Allein wollte man auch jenes falsche Princip zugeben, so würde sich hier doch Faber's Meinung nicht rechtfertigen lassen. Denn es muß doch bei jenem Eid etwas Wirkliches beschworen werden, daher auch der Richter bekanntlich bei dem juramento in litem vor und nach der Ableistung die Befugniß hat, dem Eid, nach den Umständen moderirend, eine Gränze zu setzen. Hätte daher z. B. A am 1. Mai die Sclaven des B getödtet, welche damals unter Brüdern nur 10 fl. werth waren, 50 Jahre rückwärts aber für eine Million hätten verkauft werden können, so brauchte der Richter das juramentum in litem, auch wenn es auf eine Million abgeschworen ist, nur auf 10 fl. gelten zu lassen. Also muß auch bei diesem Eide Vernunft und Billigkeit gelten, und so kann hier denn der Schwörende nur auf die Termine sehen, welche der Richter hätte beachten müssen, wenn alles auf sein Ermessen gestellt wäre.

Eck, de septem legibus damnatis pandectarum. cap. 1. §. 5.

Natürlich ist hier aber noch die Einschränkung zu machen, daß der Schwörende die Zeit des Eides zur Gränze bekommt, wo der Richter bei seiner Entscheidung das tempus judicati zur Gränze gehabt hätte, indem ein solcher Eid im Wesentlichen die Stelle des Urtheils vertritt.

II. Taxirt der Richter selbst, so unterscheide man:

1) Der Schuldner hat zwar den Werth einer Sache zu zahlen, ist jedoch nicht in mora, z. B. wenn er sie ante moram vernichtete, oder sich ihre Anschaffung unmöglich machte. Dann sind folgende Fälle:

A) Es ist ein Zahlungstag bestimmt. Dann gilt nach den Gesetzen in nota k der Werth dieses Tages.

B) Es ist kein Tag gesetzt. Ist denn

a) die Sache untergegangen, so kommt es auf den Werth des Tages des Unterganges an; doch gibt es hier in poenam noch ein kleines Rückdatiren, wenn wegen eines damni injuria dati ex lege Aquilia geklagt wird, worüber bei §. 962. mehr zu sagen seyn wird.

b) Ist sie nicht untergegangen, wird also nicht wegen des Untergangs der Sache geklagt, sondern deßwegen, weil sich der Schuldner die Sache nicht verschaffte, und sie deßwegen nicht liefern kann, oder

2) deßwegen, weil der Schuldner in mora war, und der Gläubiger aus diesem Grunde befugt ist, statt der Sache selbst deren Werth zu fordern. Dann sollte man nach allgemeinen Grundsätzen sagen: der Gläubiger kann den Werth fordern, den die Sache vom ersten Augenblick der mora bis zur gerichtlichen Feststellung des Objects hatte, also bei bonae fidei judiciis bis zum Augenblick der condemnatio. Leider sind hier nun aber die zum Compendio citirten Gesetze sehr mangelhaft; denn bald reden sie nur vom Anfang der mora, bald von der Zeit der litis contestatio, und bald von der Zeit des richterlichen Urtheils, so daß hier also die grammatische Interpretation sehr in Verlegenheit seyn muß. Da indeß diese Gesetze nicht exclusiv gerade von einem Augenblick reden, und da es billig ist, den Gläubiger in keinem Moment unter der mora seines Gegners leiden zu lassen, so hat die Praxis durch eine Combination aller jener Gesetze ge-

wöhnlich diese billige Regel angenommen: der morosus bezahlt den höchsten Werth, den die Sache vom ersten Augenblick der mora an bis zur litis contestatio, und von da bis zum richterlichen Urtheil hatte. Denn hätte der Kläger in dieser Zeit, wenn er dazu berechtigt war, die Sache besessen, so würde er auch in einem Augenblick den höchsten Werth derselben besessen haben, und dann würde sie von ihm vielleicht für diesen Werth verkauft seyn.

§. 104.

ad voc. **kein bestimmter Tag gesetzt war.**

Ueber das Setzen eines bestimmten Tages wird gleich im ersten Zusatz zu §. 105. noch besonders zu reden seyn. Was übrigens die in nota ** a. E. erwähnte unbedeutende Zeit betrifft, so sagen die dort citirten Gesetze bestimmt, daß ein breve tempus bei der mora nicht schade. Was nun ein breve tempus sey, so sind die Gesetze darüber unbestimmt, und so sind denn viele Practiker, um etwas festes zu haben, auf die Behauptung gekommen, man müsse unter breve tempus zwei oder vier Monate verstehen.

Glück, Bd. 8. §. 606. nota 7.

Allein man kommt auf offenbar unsinnige Resultate, z. B. Jemand hat einen Wagen auf ein Uhr zur Hoftafel bestellt, und dieser kommt bloß innerhalb des breve tempus post zwei Monate hinterher. Darf man hier die Vernunft voraussetzen, wie man es bei den römischen Classikern im Zweifel immer thun kann, so haben die Gesetze bei dieser Gelegenheit auch wieder ihr Princip angewandt: minima non curat praetor, und da hängt denn alles von den Umständen ab, ob eine Verspätung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, die Erfüllung unnütz macht oder nicht, wie z. B. jeder sagen wird, daß eine kleine Verspätung verschieden ist, je nachdem in dem obigen Beispiel ein Wagen dahin bestellt ist, wo man nach Schicklichkeit fünf Minuten zu spät nicht kommen darf, oder ob Jemand in Petersburg ein Schiff nach China miethet, welches einen halben Tag zu spät fertig wird.

ad voc. so hebt sich der gleichseitige Verzug gegenseitig.

Es gibt Manche, welche mit Hellfeld die Regel aufstellen: wenn der Gläubiger und Schuldner in mora sind, so treffe den Letzten die Strafe des Verzugs. Allein dieß ist nach den Gesetzen der nota s, so wie nach aller Vernunft durchaus falsch. Man muß darnach vielmehr so unterscheiden:

1) Beide Theile sind zugleich in mora.

Dann bringen es schon die Principien der Compensation mit sich, daß es angesehen wird, als ob keiner in mora wäre. Daß in den Gesetzen der nota s dem Käufer in einem solchen Fall der casus zur Last gelegt wird, liegt nicht darin, weil er der Schuldner ist (denn als Käufer ist er ja gerade der Gläubiger), sondern darin, weil er nach §. 175. an sich den casus zu tragen hat, wenn keine mora existirt. Indeß hat nun

Fritz, im Arch. für civ. Prax. Bd. 10. Hft. 1. No. 6.

daraus den unnatürlichen ganz allgemeinen Satz abgeleitet, bei einer gleichzeitigen mora werde immer der creditor als der morosus behandelt, und müsse insofern immer den casus tragen.

§. 105.

ad voc. von selbst ohne Aufforderung.

Bisher ist es fast absolut angenommen, daß die mora ohne Mahnen eintritt, wenn eine bestimmte Zeit der Zahlung verabredet war, welches man so auszudrücken pflegt: dies interpellat pro homine. Für diese Regel ist nicht bloß die Vernunft, sondern auch die ganze Reihe der in §. 104. nota ** citirten Gesetze. Dennoch hat

Neustetel, im Arch. für civ. Prax. Bd. 5. Hft. 2. No 8.

weitläuftig zu zeigen gesucht, die gesetzlichen Wirkungen der mora treten auch in einem solchen Falle ohne interpellatio nicht ein. Allein sein Raisonnement wird ganz entkräftet durch Justinians eigenes Raisonnement in

L. 12. Cod. de contrah. stip. (8, 38.)

und daneben übersieht er mehrere Hauptgesetze, welche

klar für die Praxis entscheiden, während alles, was er positiv für sich anführt, nur das Verdrehen einzelner Gesetze ist, welche diesen Punct ganz und gar nicht betreffen, wie

Thibaut im Arch. für civ. Praxis Bd. 6. Hft. 1. No. 2.

genau entwickelt hat. Gegen ihn hat sich auch wieder erklärt

Franke, civilistische Abhandlungen S. 203.

ad voc. und es ist ebenso falsch ꝛc.

Der erste Satz des Compendiums, daß die bloße oblatio des Schuldners den Gläubiger in mora accipiendi versetzt, und den Schuldner von den Folgen der mora solvendi befreit, ist gewiß richtig, und die, welche denselben läugnen, und zur mora accipiendi noch eine gerichtliche depositio verlangen, vermengen zwei gänzlich verschiedene Dinge, nämlich die Tilgung einer existirenden Verbindlichkeit, und das Abwenden der Strafe der mora. Damit das Letzte stattfinde, ist schon die bloße oblatio hinreichend, und der Offerent verfällt daher nach den citirten Gesetzen nicht in die Conventionalstrafe, und braucht den casus nicht zu tragen. Damit er aber von einer einmal existirenden Verbindlichkeit frei werde, muß er freilich nach §. 111. Mobilien gerichtlich deponiren. Daraus folgern denn auch die Gesetze nach nota f consequent, daß die Verpflichtung, Conventions-Zinsen zu zahlen, als eine existirende Verbindlichkeit, nicht durch oblatio gehemmt wird, daß aber nach der oblatio keine Verzugszinsen gefordert werden können. Nur in Betreff der Mündel ist das Eigene, daß auch der Lauf der Verzugszinsen gegen sie nur durch depositio abgewandt werden kann; doch sagen die Gesetze selbst, daß dieß nur eine besondere Begünstigung des Pupillen sey.

L. 1. §. 3. de usuris (22, 1.)
L. 28. §. 1. de admin. tutor. (26, 7.)

§. 106.

ad voc. als zu seiner Ernährung nöthig ist.

Bisher hat man absolut angenommen, das beneficium competentiae bestehe gerade darin, daß gewissen Personen

so viel gelassen werden müsse, daß sie davon nothwendig leben können. Mit einer ganz neuen Idee ist Schöman nota l. cit. dagegen aufgetreten, weil nämlich in den Gesetzen von den Personen, welche das beneficium competentiae haben, gesagt wird, condemnantur in id, quod facere possunt, so meint er, das beneficium competentiae bestehe darin, daß gewisse Personen nichts zahlen, wenn sie nichts haben. Allein diese Einrede hat Jedermann, wenn er nichts hat, und der arme deutsche Kaiser hatte sie ehemals auch; daher man auch die Einrede: ich habe nichts, die exceptio caesarea zu nennen pflegt. Offenbar hat Schöman jenen im milden Sinne genommenen Ausdruck chikanirt. Denn daß damit gesagt seyn soll, man müsse gewissen Personen die Lebsucht lassen, zeigt schon allein

L. 173. pr. de reg. jur. (50, 17.) r).

§. 107.

ad voc. für den letzten Fall muß man die Regel annehmen.

Das beneficium competentiae ex persona tertii, welches neuerlich

Wening 2. Bd. §. 23.

ganz geläugnet hat, läßt sich im Ganzen recht gut construiren; denn was Jemand unter der Bedingung erhalten hat, daß er es verbrauchen und nicht an Dritte bringen solle, der muß auch dem Willen des Gebers folgen, und wenn er dagegen handelt, so kann der Geber, sofern er dabei interessirt ist, intercediren, damit geschehe, was verabredet war. So werden z. B. den Beamten ihre Gehalte gegeben, damit sie standesmäßig davon leben, und so leidet es daher auch der Staat nicht, daß der Gehalt eines Beamten von dessen Concursgläubigern angegriffen werde, obgleich man wohl ihnen gewisse Procente nachläßt, insofern man sagt, daß in dem Gehalt etwas sey, was der Beamte, wenn er sparen wolle, nicht

r) In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est: sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.

absolut nöthig habe. Eben so hat man es aus guten Gründen stets in Ansehung der dem Regenten für seine Hofhaltung bewilligten Civilliste genommen. Die Practiker haben dieß alles freilich vielfach bis zum Unsinn getrieben, wie man aus der Dissertation von Hellfeld nota l cit. sehen kann, namentlich in Betreff der Fürsten, der appanagirten Prinzen und der Communen, woher der Widerwillen von Wening gekommen seyn mag.

ad voc. Eltern und Kinder gegenseitig.

Die Praxis hat von jeher auch den Kindern gegen die Eltern das beneficium competentiae gegeben; doch hat sich jetzt dawider erklärt

Wening 2. Bd. §. 24.

Man kann für seine Idee sagen, daß in

§. 35. I. de act. (4, 6.)
L. 16. de re jud. (42, 1.) [s])

nur parentes genannt werden, und daß insofern in

L. 30. eod. [t])

die Worte inter liberos et parentes nur auf Pflichten der Kinder zu beziehen sind. Erwägt man indeß, daß in den Pandecten die Sätze oft nur theilweise gegeben werden, daß in L. 30. cit. ganz allgemein gesprochen ist, und daß ausgemacht, sogar Brüder gegen einander das beneficium competentiae haben, also eben die, welche sonst überall schlechter gehalten werden, als Descendenten, so läßt sich allerdings für die Praxis viel sagen, wobei freilich doch noch das Bedenken bleibt, daß die Kinder den Eltern einen besondern Respect und Gehorsam schuldig sind.

---

s) Sunt, qui in id, quod facere possunt, conveniuntur: id est, non deducto aere alieno. Et quidem sunt hi fere: Qui pro socio conveniuntur; socium autem omnium bonorum accipiendum est. Item parens.

t) Cum ex causa donationis promissa pecunia est: si dubium sit, an ea res eo usque donatoris facultates exhaurire possit, ut vix quicquam ei in bonis relictum sit: actio in id, quod facere possit, danda est; ita ut et ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur quod maxime inter liberos et parentes observandum est.

ad voc. aber ohne Grund.

In den Gesetzen ist das beneficium competentiae bloß den wahren Soldaten gegeben, welche im Dienste des Staats stehen, welches sich denn leicht begreift, da der wahre Soldat oft besonders begünstigt ist, und da bei ihm in der Regel nicht Viel zu holen ist. Indeß ist hier ein großer Streit entstanden, ob man das beneficium competentiae nicht auch den doctoribus juris und den doctoribus theologiae geben solle, wofür man in allem Ernst den Grund anführte, die ersten wären ja milites Justiniani, und die letzten milites Christi. Offenbar ist hier nun zur Ausdehnung nicht einmal die nöthige paritas rationis; auch dürfen ja überhaupt nach §. 49. jura singularia nicht ausgedehnt werden. Zwar hat jetzt wieder

Schmalz, Handbuch des canonischen Rechts §. 78.

den Geistlichen das beneficium competentiae gegeben wegen

cap. 3. X. de solut. (3, 23.),

allein schon Böhmer in seinen Noten hat gezeigt, daß in dieser Stelle auch nicht ein Wort der Art steht.

ad voc. der, aus der väterlichen Gewalt entlassene Sohn.

Der Grund dieser ganzen Vorschrift war folgender: Ein Haussohn erwarb nach dem alten System alles seinem Vater, und behielt bloß seine Schulden für sich. Es wäre daher höchst hart gewesen, wenn er gleich nach aufgehobener Gewalt seine Gläubiger in solidum hätte befriedigen müssen, sofern er bei der Aufhebung der Gewalt nicht so viel mitbekam, als zur Tilgung seiner mit auf den Weg genommenen Schulden gehörte. Nahm er so viel mit, so konnte man ihn absolut haften lassen; sonst aber erforderte es die Billigkeit, daß man ihm erst eine Reihe von Jahren ließ, um zu Vermögen zu kommen, und daß er sich bis dahin des beneficii competentiae bedienen könnte, nachher aber nicht mehr, weil ihn dann der Vorwurf traf, daß er faul gewesen sey. Dieß ist der offenbare Sinn des Gesetzes in nota f, welches Manche dahin mißverstanden haben, der Haussohn

könne nach einer geraumen Zeit gar nicht belangt werden; eine Idee, welche um so verkehrter ist, da die classischen Juristen von der praescriptio longissimi temporis der Klagen ganz und gar noch nichts wußten.

§. 110.

ad voc. sondern muß bewiesen werden.

Wir haben über diesen Punct in

L. 18. Cod. de test. (4, 20.)
Nov. 90. cap. 2.

sehr singulaire Vorschriften von Justinian, wornach der, welcher eine von ihm behauptete Zahlung durch Zeugen beweisen will, fünf Zeugen stellen muß, welche selbst bei der Zahlung gegenwärtig waren. Unsere Praxis hat aber diese schwerfällige Verordnung nie befolgt; doch will jetzt

Linde, Zeitschrift 1. Bd. 2. Hft. No. X.

daß man dieß Gewohnheitsrecht verlasse, indem er nebenbei viel Gutes für die Behauptung Anderer gesagt hat, daß der, welcher eine Schuld bezahlte, außer der Rückgabe seiner Handschrift, wozu der Gläubiger gehalten ist

L. 9. Cod. ad exhib. (3, 42.) u)
L. 2. Cod. de condictione ex lege (4, 9.)
L. ult. Cod. de solut. (8, 43.)

von dem Gläubiger auch noch eine besondere Quittung verlangen kann, um völlig sicher zu seyn, welcher Ansicht auch

Gesterding, Nachforschungen 3. Bd. S. 427—429.

geneigt ist. Kann übrigens der Gläubiger, dem Zahlung geleistet wird, die Schuldurkunde nicht zurückgeben, weil sie verloren ging, oder vernichtet ward, so kann der Schuldner deren Amortisation neben der Quittung verlangen, d. h. eine Erklärung in Form der Schuldur-

---

u) Si ex quocumque contractu apud praesidem provinciae jure debitum, cui oportuerat, te reddidisse probaveris: chirographa tua, ex quibus tam nihil peti potest, et instrumenta ad eum contractum pertinentia tibi naturaliter liberationem consecuto, exhiberi ac reddi jubebit.

kunde, daß die letzte als erloschen anzusehen sey, welcher Punct jetzt höchst ausführlich behandelt ist von

Schuman, Beilageheft zum Archiv für civ. Praxis 13. Bd.

§. 111.

ad voc. durch gerichtliche Niederlegung der Sache.

Das Compendium folgt hier der bisherigen gemeinen Lehre, daß bei der Schuld körperlicher Mobilien durch die oblatio debitoris die Schuld noch nicht getilgt werde, sondern erst durch gerichtliche depositio nach vorgängiger Versiegelung der Sache, soweit die Mobilien von der Art sind, daß sie versiegelt werden können, widrigenfalls die bloße depositio genüge. Diese Theorie ist neuerlich angegriffen von

Zimmern, in dem nota k citirten Archiv,

indem er nämlich behauptet, alle Gesetze redeten hier nur von depositio und obsignatio, aber bloß bei Geldschulden, und für alle anderen Fälle genüge die bloße oblatio. Seine Ansicht wird aber schon ganz und gar widerlegt durch

Nov. 91. cap. 2.

und besonders durch das ihm unbekannt gebliebene Hauptgesetz, nämlich

L. 1. §. 36. depositi (16, 3.)
Archiv für civ. Praxis 5. Bd. 3. Hft. S. 332—337.

§. 114.

ad voc. Allein das canonische Recht stellt dagegen die Regel auf.

Man hat diese hier aufgestellte Regel des canonischen Rechts, weil sie politisch im höchsten Grade gefährlich ist, von jeher zu chikaniren gesucht, indem man wenigstens einzelne Fälle herauszureißen suchte, oder gar die ganze Regel des canonischen Rechts läugnete.

Malblank, de jurejurando §. 118. 119.

Am leichtesten hilft sich hier Weber nota a cit., indem er behauptet, man müsse bei der Regel des römischen Rechts bleiben, weil das canonische Recht in den

nota b citirten Stellen, bloß für zwei Fälle das Gegentheil verordne, und weil nach §. 49. ein jus correctorium nicht gegen das ältere Recht ausgedehnt werden dürfe. Allein die Praxis hat stets die im Compendio angegebene Regel befolgt und mit vollem Recht. Denn in jenen Entscheidungen des canonischen Rechts wird nebenbei gerade die Regel aufgestellt, daß jeder Eid ein Geschäft vollgültig mache, welcher die canonischen Requisite habe, und dieß war auch im Geiste der Päpste ganz consequent, weil sie das Weltliche dem Geistlichen unterordneten, und weil es die herrschende alte Idee war, der Eid enthalte ein pactum des Menschen mit Gott und sey in sofern als sacramentalisch aller weltlichen Einwirkung entzogen. Selbst die deutschen Kaiser haben es daher auch in der

Auth. sacramenta puberum Cod. si adversus venditionem (2, 28.) [x])

anerkannt, daß der canonische Eid bürgerliche Mängel heile, und so hat es auch die Praxis von jeher gethan. Zwar meint

Makeldey, Instit. §. 162.

bei einem Protestanten könne wegen ihrer abweichenden Religionsbegriffe das canonische Recht nicht gelten. Allein sie haben es nun einmal entschieden beibehalten, und bei einem jure recepto hängt ja die Rechtskraft von der receptio selbst, und nicht von der Weisheit des Recipirten ab. Ob übrigens die Verbindlichkeit aus dem Eide auch auf die Erben des Schwörenden übergehe, ist streitig. Bejaht wird die Frage von

Böhmer, jus ecclesiast. protest. Lib. 2. tit. 2. §. 39.

wegen den allgemeinen Principien von der successio (§. 719.), verneint aber mit Andern von Gesterding nota a cit., weil die Päpste nirgend mehr sagen, als daß der Schwörende sein Gewissen zu salviren habe, welche letzte Theorie um so mehr vorzuziehen ist, da jura sin-

---

x) Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per justum metum extorta etiam a majoribus, (maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant) nullius esse momenti jubemus.

gularia und correctoria nach §. 49. 51. immer soviel als möglich stricte zu interpretiren sind.

ad voc. das Object der Verbindlichkeit durch den Eid nicht geändert.

Um diesen Satz zu verstehen, nehme man folgenden Fall: A verbürgt sich für X bei B, und bestärkt seine Bürgschaft durch einen Eid; in der Folge wird er als Bürge belangt, und beruft sich auf die exceptio excussionis (§. 950.). Hier darf ihm nun der B nicht entgegensetzen, daß die Verbürgung eidlich geschehen sey; denn als Bürge haftet er ja nur subsidiarisch, und hat in sofern als Bürge jene Einrede; er verliert sie also auch nicht, wenn er schwört, seiner Bürgenverbindlichkeit nachkommen zu wollen. Ebenso wird ein bedingtes Versprechen durch die eidliche Bestärkung desselben nicht unbedingt. Auf denselben Gründen beruht das, worauf sich §. 200. nota c bezieht.

§. 115.

ad voc. und die gänzliche Erfüllung der Hauptverbindlichkeit 2c.

Dieser Satz ist durchaus consequent, da dem Gläubiger unendlich oft eine Leistung nichts nützt, wenn sie nicht ganz erfolgt, und da die Gesetze auch nach nota t aufs bestimmteste sagen, eine nicht vollständige Zahlung sey als gar keine Zahlung zu behandeln (particularis solutio pro nulla habetur). Dennoch behaupten Manche mit Hellfeld §. 1009.: die Conventionalstrafe falle weg, wenn der größte Theil der Verbindlichkeit erfüllt sey, und zwar wegen

Cap. 9. X. de poenis (5, 37.).

Allein dieß Gesetz sagt nur, daß der Richter Strafen erlassen könne, welche er selbst gedroht habe, woraus denn offenbar nicht folgt, daß er jura quaesita verletzen darf, welche durch Privatverträge begründet waren. Noch viel weiter ist

Pothier nota t cit.

gegangen, indem er meint, jede theilweise Zahlung vermindere pro rata die Strafe, und zwar wegen

L. 9. §. 1. si quis cautionibus (2, 11.) [y]).

Allein er hat ganz übersehen, daß in dem Fall dieses Gesetzes mehrere Obligationen existirten, wofür mehrere Strafen in einer Stipulationsformel versprochen waren, und wo denn doch am Ende alles wieder in die Mehrheit aufgelöst werden mußte. Die gänzliche Verkehrtheit seiner Idee wird noch klarer, wenn man

L. 72. de evict. (21, 12.) [z])

vergleicht.

Dritte Abtheilung.

Verhältniß der Rechte und Verbindlichkeiten zu einander.

§. 117.

ad voc. Confusion.

Zur vollständigen Einsicht der Lehre von der confusio gehören noch folgende Sätze:

I. Niemand kann gegen sich selbst eine Zwangspflicht oder ein Zwangsrecht haben, also erlischt stets durch confusio das bisherige Rechtsverhältniß, wenn der Schuldner z. B. durch Erbgang an die Stelle seines Gläubigers tritt,

---

y) Si plurium servorum nomine, judicio sistendi causa, una stipulatione promittatur: poenam quidem integram committi, licet unus status non sit, Labeo ait: quia verum sit, omnes status non esse: utrum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur.

z) Cum plures fundi specialiter nominatim, uno instrumento emtionis interposito, venierint: non utique alter alterius fundus; pars videtur esse: sed multi fundi una emtione continentur; et quemadmodum, si quis complura mancipia, uno instrumento emtionis interposito, vendiderit evictionis actio in singula capita mancipiorum spectatur; et sicut aliarum quoque rerum complurium una emtio facta sit, instrumentum quidem emtionis interpositum unum est, evictionum autem tot actiones sunt, quot et species rerum sunt, quae emtione comprehensae sunt: ita et in proposito non utique prohibebitur emtor, evicto ex his uno fundo, venditorem convenire, quod una cautione emtionis complures fundos mercatus comprehenderit.

oder umgekehrt. Daher erlöschen denn auch alle jura in re aliena durch sogenannte consolidatio, wenn der Herr der dienenden Sache in die Rechte des Inhabers des juris in re aliena eintritt, oder umgekehrt (§. 622. I.), d. h. was bisher als beschränkendes Recht von dem Andern pflichtweise zu leiden war, das kann nun der Eigenthümer der Hauptsache als freier Herr derselben thun.

II. Man kann verschiedene Rechte und verschiedene Pflichten haben, nicht bloß auf verschiedene Objecte und aus verschiedenen Gründen, sondern auch auf dasselbe Object. Wäre also A an X 100 fl. schuldig, und B an X auch 100, und beerbte A den B, so wäre nun A an X 200 fl. schuldig; die einen proprio jure, und die andern jure hereditario. Ebenso wenn A und B als correi credendi (§. 226.) an X 100 zu fordern hätten, so würde, wenn A den B beerbt, der A zwei Klagen auf 100 gegen X haben, aber natürlich nachher nicht mehr die zweite anstellen können, wenn er schon mit der ersten jene 100 erhalten hätte. Wären umgekehrt A und B correi debendi des Gläubigers X, oder Mitbürgen für den Schuldner Z, so würde A ex duplici causa verhaftet seyn, aber freilich nur für ein Object, wenn er dem B succedirte.

L. 13. de duobus reis (45, 2.)

L. 5. L. 21. §. 1. de fidejussor. (46, 1.) [a]).

Nur eine Ausnahme machen hier die Römer nach den in nota a citirten Gesetzen, nämlich die, daß die obligatio accessoria ex intercessione (§. 940.) erlischt, wenn der debitor principalis dem Intercedenten succedirt, oder umgekehrt, indem ja der Gläubiger genug gedeckt sey, wenn er den debitor principalis als solchen belangen könne. Diesen Satz hat man indeß der Vernunft wegen nach jenen Allegaten wieder dahin beschränkt, daß hier die obligatio accessoria fortdaure, wenn sie stärker sey, als die principalis. Z. B. A leiht ohne Pfand 100 fl. von B; für diese Schuld des A verbürgt sich nun X bei B, indem er zugleich für seine Bürgenverbindlichkeit Pfän-

---

a) Lex 21. §. 1. Non est novum, ut fidejussor duabus obligationibus ejusdem pecuniae nomine teneatur, nam si in diem acceptus mox pure accipiatur: ex utraque obligatur, et si fidejussor confidejussori heres exstiterit, idem erit.

der bestellt. Darauf beerbt A den X. Hier erlischt nun die Bürgenverbindlichkeit des X nicht, weil er als Pfandbesteller stärker verhaftet war, als der Hauptschuldner.

III. Man kann ein Recht verlieren, und doch das andere behalten. Hätte also z. B. X an A 100 fl. geliehen, und hätte B dafür dem X Bürgschaft geleistet, so würde X doch sein altes Recht gegen A behalten, auch wenn er, der X, Erbe des B geworden wäre, und nur die Bürgenobligation des B würde hier durch confusio untergehen, weil ein Gläubiger nicht bei sich selbst zu seinem Vortheil sein eigener Bürge werden kann.

L. 21. §. 3. L. 71. de fidejuss. (46, 1.).

Würde indeß die obligatio principalis durch confusio vernichtet, so müßten damit auch die accessoria als solche wegfallen. Würde also in dem obigen Falle der Gläubiger X Universalerbe des Hauptschuldners A, so könnte nun auch von der Bürgenverbindlichkeit des B nicht weiter die Rede seyn, weil hier durch confusio die Hauptschuld des A erloschen war.

L. 21. §. 3. L. 34. §. 1. L. 71. de fidejuss. (46, 1.).

Einige Nebenfragen in Betreff der correorum und des beneficii inventarii können erst im Zusatze zu §. 226. und 725. nachgetragen werden.

§. 118.

ad voc. Collision der Rechte.

Man hat bisher die Lehre von der Collision der Rechte fast nie allgemein erörtert, sondern bloß bei Gelegenheit der Privilegien und in Beziehung auf dieselben, und da pflegten dann die ältern Juristen mit Berufung auf

L. 11. §. 6. de minorib. (4, 4.) [a])

die Regel aufzustellen: privilegiatus contra aeque privi-

---

b) Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? et Pomponius simpliciter scribit non restituendum. Puto autem inspiciendum a praetore, quis captus sit; proinde si ambo capti sunt, verbi gratia, minor minori pecuniam dedit et ille perdidit: melior est causa secundum Pomponium ejus, qui accepit, et vel dilapidabit, vel perdidit.

legiatum jure suo non utitur. Es ist aber offenbar, daß dieser Satz aus

L. 11. §. 6. cit.

nicht abgeleitet werden kann, da hier der eine minor gegen den andern geschützt ward, und sich seines Privilegiums bediente, daß hier also die Privilegien sich nicht aufrieben, sondern daß wirklich das eine zur Anwendung kam. Deßwegen haben denn neuerlich Manche gemeint, man müsse in solchen Fällen für den Beklagten sprechen. Allein nicht zu gedenken, daß es Fälle geben kann, da kein Theil allein Beklagter ist, z. B. wenn mehrere privilegiati neben einander als Liquidanten im Concurs auftreten, so ist jene Theorie auch an sich unjuristisch, da bekanntlich der, welcher sich als Beklagter mit einer Einrede schützt, in sofern die Stelle eines Klägers vertritt (reus excipiendo fit actor), und da also zwei Personen, welche sich gegen einander auf collidirende Rechte berufen, zugleich jeder als Kläger und Beklagter handle. Wenn man nun die im Compendio erwähnten Regeln, welche einen Vorzug bestimmen, vorangehen läßt, und dann mit dem Compendio zwischen directer und indirecter Collision unterscheidet, weil sich bei der letzten noch eine Theilung des Objects denken läßt, so muß man für den letzten Nothfall, da die collidirenden Rechte gleich stark sind, doch die Regel der ältern Juristen annehmen. Denn es ist überall ein nothwendiger Satz, daß ganz gleiche Kräfte einander zum Stillstand bringen; z. B. es hieße in einem Testament, mein Sclave A soll Sclave meines Sclaven B werden, und umgekehrt B ein Sclave des A, oder der Regent ertheilte in einem Privilegium zwei Personen eine nach canonischem Recht untheilbare Pfründe. Hier ist die Ausübung des einen Rechts wegen der gleichen Kraft des andern eine reine Unmöglichkeit, und so muß, wenn nicht ein Machtspruch des Regenten erfolgt, ein juristischer Stillstand entstehen, wie es auch die Gesetze in nota n anerkennen. Noch ist zu bemerken, daß da, wo Mehrere ein persönliches Recht auf ein specielles Object erworben haben, der frühere dem spätern vorgeht, wie z. B. bei der Miethe,

L. 26. locati (19, 2.).

Vierte Abtheilung.

Nebenbestimmungen der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 120.

ad voc. conditio tacita.

Bei den Römern ist das Wort conditio ungefähr so allgemein und schwankend, wie unser Wort Bedingung, und wird in sofern auch auf das bezogen, was bei einem Geschäft als Verpflichtung verabredet ist, wie wir z. B. sagen: ich habe die Sache an A unter der Bedingung verkauft, daß er mir 10 fl. gebe. So allgemein genommen, müßte man denn jedes Rechtsgeschäft ein conditionatum nennen, weil zu einem jeden diese oder jene Requisite gehören. Allein wenn man die Geschäfte in bedingte (conditionata) und unbedingte (pura) unterscheidet, so muß man auch auf einen engern Begriff der eigentlichen conditio kommen, und dahin nicht die Requisite des Rechtsgeschäfts selbst zählen, weil solche zu jedem Geschäft nöthig sind, sondern nur die Thatumstände, welche zu einem Geschäft noch nebenbei als Grund desselben hinzugefügt werden, aber sich wohl wegdenken ließen, ohne daß damit die Natur des Geschäfts selbst aufgehoben würde. In diesem Sinne nehmen nun die Römer vorzugsweise das Wort conditio, und behandeln daher kein Geschäft als conditionatum, wenn die Partheien die nothwendigen Requisite desselben (quod tacite inest) auch sollten conditio genannt haben, woraus denn sehr wichtige Folgen entstehen. Zur Erläuterung dieses Punktes denke man nur an den Satz des §. 790., daß ein Legat auf die Erben des Legatars nicht übergeht, wenn der Legatar pendente conditione stirbt, daß dagegen legata pura in der Regel auf die Erben des Legatars transmittirt werden, wenn der Legatar den Erblasser auch nur einen Augenblick überlebt hat. Nun nehme man den Fall: A setzt B zum Erben ein, und legirt dem C sein Haus, indem er hinzusetzt, es geschehe unter der conditio, daß B die Erbschaft antrete. Stirbt nun C nach dem Tode des A, aber vor der Erbantretung des B, so können dennoch, nach den Gesetzen in nota r, die Erben des C das Legat fordern. Denn da die Römer das Princip

annehmen, daß mit allen heredis institutionibus auch alle Legate fallen, so gehört die Erbantretung wesentlich zur Fixirung der Legate, ist kein zufälliger Thatumstand, und gehört ebenso zur Natur eines Legats, wie Waare und Preis zum Kauf. Wie nun kein Kauf deßwegen eine emtio conditionata genannt wird, weil die Partheien zufällig dessen wesentliche Requisite conditio nannten, so gilt auch in dem obigen Beispiel das Legat nicht als bedingt, obgleich es der Erblasser unjuristisch ein conditionatum genannt hatte, und die Erbantretung wirkt hier nur in sofern, daß das Legat von dem Legatar oder dessen Erben nicht eher gefordert werden kann, als bis B sich für die Annahme der Erbschaft erklärt hat.

§. 121.

ad voc. man muß daher die Regel annehmen rc.

In unsern Compendien hat es früher immer geheißen, es gebe zwei Arten der Bedingungen, die eine schiebe etwas hinaus, und heiße daher suspensiva, die andere thue es aber nicht, sondern löse nur auf, und heiße daher resolutiva. Allein es läßt sich leicht zeigen, daß jede Bedingung im Wesentlichen aufschiebend ist, obgleich dabei die Richtungen verschieden seyn können. Zur Erläuterung dessen, was das Compendium hier andeutet, nehme man nun diesen Fall: A erhält von B eine Sache unbedingt geschenkt, doch läßt sich B auf den Fall, daß er selbst etwas Unmögliches thue, die Rückgabe versprechen. Hier muß man nun so raisonniren: Der Hauptvertrag, nämlich die Schenkung, ist an sich unbedingt, aber es ist demselben ein Nebenvertrag wegen des Rückfalls hinzugefügt, und auf diesen letzten bezieht sich die Bedingung. So wie also die Schenkung nichtig geworden wäre, wenn der Erwerb des Geschenks von einer conditio affirmativa impossibilis, als einer suspensiva, abhängig gemacht wäre, so ist nun die Nebenberedung des Rückfalls nichtig, d. h. A erhält die Sache sofort, und B bekommt sie nicht zurück, weil er das pactum adjectum nicht realisiren kann.

L. 8. Cod. de condict. ob caus. dat. (4, 6.).

Durch diese Bemerkung kann man sich dann die ganze Lehre von den Bedingungen sehr vereinfachen, indem

man sowohl die suspensiva als resolutiva auf den Hauptbegriff bringt: sie schieben Etwas hinaus, und zwar die suspensiva das Hingeben, und die resolutiva das Zurückgeben; beide müssen also auch im Ganzen gleiche Principien haben, und man braucht nur die Principien der suspensiva umzukehren, um damit gleich auf die Principien der resolutiva zu kommen, wie alle Hauptsätze des §. 124. zeigen. Ein dunkles Gefühl dieser Wahrheit veranlaßte es vielleicht, daß die ältern Schriftsteller fast durchaus nur die Principien der conditio suspensiva genau entwickelten, und dann die der conditio resolutiva auf sich beruhen ließen.

§. 122.

ad voc. potestativa.

Es gibt Mehrere, welche mit Schott nota a citatus eine conditio mere potestativa ganz verwerfen, obgleich die Gesetze die drei im Compendio erwähnten Arten selbst unterscheiden. Der Grund von Schott ist, weil Niemand ohne Mitwirkung der Natur etwas wirklich machen könne. Allein dieß ist mehrfach unrichtig. Denn

1) hängen alle negativen Facta durchaus und allein vom Willen ab, und

2) ist bei positiven Handlungen doch immer ein großer Unterschied, ob sie vollführt werden können, wenn die vorhandenen Naturkräfte ihren höchsten wahrscheinlichen Dienst nicht versagen, oder ob etwas von der Mitwirkung der Natur verlangt wird, was zu den gänzlich ungewissen Dingen gehört, z. B. ob etwas dafür geboten wird, daß ein gesunder Mensch jetzt den Arm aufhebe, oder daß eine Ehe durch 6 Söhne gesegnet werde. In Fällen der letzten Art hat man nun von jeher die Bedingung eine mixta genannt, in jenen hingegen, oder wenn von negativen Handlungen die Rede ist, eine potestativa. Was dadurch bezeichnet wird, das existirt nun offenbar als etwas Vorhandenes, und so ist es denn unklug, eine Kunsteintheilung zu bekritteln, bloß weil die Worte nicht recht passen, wenn man sie nach der gemeinen Sprache aufs schärfste nimmt. Gleichdenkend ist hierin auch

Endemann nota a cit.,
indem er auch noch zeigt, daß in

L. 11. §. 1. de condict. et demonst. (35, 1.) [c])

unter dem Ausdruck conditio promiscua, nicht, wie man bisher sagte, die mere potestativa, sondern jede non mere casualis verstanden wird, womit denn auch das Wort erklärt ist, welches gerade nach der Sprache auf ein compositum geht.

§. 124.

ad voc. **daher kann auch die Sache vom dritten Besitzer vindicirt werden, ausgenommen wenn die Bedingung bloß von der Willkühr des Rückerwerbers abhing.**

Diese Sätze (worin aber statt **Rückerwerbers** vielmehr **Erwerbers** zu lesen ist) wurden neuerlich fast allgemein angenommen, sind aber jetzt von

Rießer in Linde's Zeitschrift Bd. 1. Hft. 1. Nro. 2. Hft. 2. Nro. 8.

ausführlich bestritten, indem er auch für die Fälle, wo die conditio resolutiva zurückgezogen wird, nach Eintritt der Bedingung dem Geber der Sache jede Vindication abspricht, und zwar zuerst aus dem allgemeinen Grunde, weil nach §. 160. Verträge gegen dritte Personen nicht benutzt werden dürfen. Allein man bemerke dieß:

I. Der Veräusserer hat gewiß keine Vindication, wenn die **Vernichtung** des Handels nicht verabredet, sondern nur bedungen ist, daß unter diesen oder jenen Umständen die Sache wieder zurückgegeben, und damit wieder in das Eigenthum des Veräusserers übertragen werden solle.

L. 9. pr. L. 15. de condict. caus. data (12, 4.)
L. 2. pr. de cond. indeb. (12, 6.) [d])

---

c) Item sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportet, si in hoc fiant, ut testamento pareatur: veluti, si capitolium ascenderit, et similia; non promiscuas, etiam vivo testatore existere posse: veluti, si Titius consul factus fuerit.

d) Si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum, vel Falcidia emerserit, reddatur: repetitio locum habebit; negotium enim contractum est inter eos.

L. 7. §. 3. L. 8. de jure dot. (23, 3.) [e]),

welche eben citirten Gesetze Rießer ganz unpassend auch für die Lehre von Resolutivbedingungen benutzt.

II. Ist aber wirklich resolutiv das ut inemtus fiat verabredet, so kann man Rießer's allgemeinen Grund umkehren; denn vindicirt nach Eintritt der conditio resolutiva der Veräusserer die Sache, weil wegen des Rückziehens der Bedingung sein Eigenthum in salvo geblieben sey, und setzt ihm der Besitzer entgegen, daß der Käufer, als solcher, vor Eintritt der Bedingung die Sache gültig an ihn veräussert habe, so leitet der Besitzer sein Recht auch ex pacto tertii ab, und darauf kann der Vindicant repliciren: vermöge seines tituli konnte hier der Käufer die Sache auf sich nicht pure übertragen. Indeß ist hier, wenn man bloß Begriffe construirt, allerdings ein disputabler Punkt. Unter den Partheien der römischen Juristen war daher hier auch Streit,

L. 29. de mortis caus. donat. (39, 6.) [f]),

wobei Ulpian für die vindicatio war, und eben diese Meinung hat das corp. juris vorgezogen, wie sich aus Folgendem ergibt, und zwar

1) aus

L. 4. §. 3. de in diem addict. (18, 2.) [g]),

wobei sich Rießer nur dadurch zu retten weiß, daß er

---

e) Lex 8. Sed nisi hoc evidenter actum fuerit: credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant; et, nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur.

f) Si mortis causa res donata est, et convaluit, qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem, et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est: sine dubio donator poterit rem vindicare; mortuo eo, tunc is, cui donatum est: si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de proelio, vel peregre redisset: potest defendi, in rem competere donatori, se quid horum contigisset; interim autem ei, cui donatum est; sed et si morte perventus sit is, cui donatum est: adhuc quis dabit in rem donatori.

g) Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit, pure vendito, et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset; ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret.

vor esse desinere ein non einschiebt, welches keine Handschrift für sich hat.

2) Ebenso entscheidend ist

L. 41. de rei vind. (6, 1.),

wobei Rießer willkührlich den Fall fingirt, daß der Käufer nicht selbst die Sache an den Dritten veräussert hatte, sondern daß sie ihm nur zufällig abhanden gekommen war.

3) Ebenso entscheidend für das Compendium ist Ulpian's Ausspruch in

L. 3. quib. mod. pign. (20, 6.) [h]).

Zwar will Rießer dabei eine conditio suspensiva voraussetzen; allein Ulpian's Theorie war ja gerade, daß man bei einer bedingten Uebergabe im Zweifel eine resolutiva annehmen müsse,

L. 1. de lege commiss. (18, 3.) [i]),

und dazu paßt auch in L. 3. citata ganz das pignus finiri und non finiri.

4) Auch in

L. 8. de lege commiss. (18, 3.)

L. 4. Cod. de pactis inter emtorem (4, 54.) [k])

wird das jus vindicandi anerkannt, wenn der Veräusserer nicht nachher demselben entsagte. Rießer meint zwar, es sey in diesen Gesetzen nur von dem Facto die Rede, daß gewisse Partheien sich irrig vorgestellt hätten, sie könnten vindiciren. Allein hier wäre es doch höchst sonderbar gewesen, das Unjuristische nicht zu rügen, und

---

h) Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita: et forte emtor, antequam melior conditio offeretur, hanc rem pignori dedisset: Marcellus libro quinto digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtore displicuisset: pignus finiri non putet.

i) Si fundus commissoria lege venierit: magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur.

k) Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

Ausdrücke zu wählen, welche dem Unjuristischen auf den möglichen Fall ein Thor offen lassen.

5) Für den Fall einer, sub conditione resolutiva gemachten donatio mortis causa, gestatteten manche Classiker zwar keine vindicatio, aber nur eine condictio.

L. 12. de condict. causs. dat. (12. 4.) [l])

L. 38. §. 3. de usuris (22, 1.)[m]).

Allein Ulpian räumt bestimmt dem Schenker auch eine vindicatio utilis ein

L. 29. L. 30. de mort. causs. donat. (39, 6.) [n]).

Es war dieß Doppelte freilich etwas uncivilistisch;

§. 14. I. de act. (4, 6.)

allein Ulpian war nun einmal ein Eklectiker, und insofern läßt ihn Justinian gewöhnlich den Ausschlag geben.

Cramer, disputationes cap. 10.

III. Positiv beruft sich Rießer

1) auf

L. 19. de usurpat. (41, 3.) [o])

wonach, wenn bei Eintritt der resolutiva, alles rückwärts vernichtet werde, die ertheilte accessio possessionis (§. 300.) unnöthig gewesen sey. Allein er übersieht, daß die possessio, als bloßes *factum* nicht ungeschehen gemacht werden kann, also erst juristisch einem Andern beigemessen werden muß, wenn sie diesem nützen soll.

2) Besonderes Gewicht legt er auf das jure dominii retinet in

---

l) Cum quis mortis causa donationem, cum convaluisset donator, condicit: fructus quoque donatarum rerum, et partus, et quod adcrevit rei donatae, repetere potest.

m) Idemque, si mortis causa fundus sit donatus, et revaluerit, qui donavit, atque ita condictio nascatur.

n) Lex 30. Qui mortis causa donavit: ipse ex poenitentia condictionem, vel utilem actionem.

o) Si hominem emisti, ut, si aliqua conditio extitisset; inemtus fieret; et is tibi traditus est; et postea conditio emtionem resolvit: tempus, quo apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo: quoniam eo genere retro acta venditio esset redhibitioni similis: in qua non dubito tempus ejus, qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest.

L. 7. Cod. de pact. inter emt. (4, 54.) p).

Allein da der Käufer sich gegen die offerirte Zahlung zurückzog, so war in dem Fall des Gesetzes vor erfolgter depositio nach §. 111. die Bedingung noch nicht realisirt, also das Eigenthum noch nicht zurückgefallen.

3) Eben so wenig hätte sich Rießer auf

L. 4. pr. Cod. de aedilit. act. (4, 58.) q)

berufen sollen. Denn hier ist von dem Fall die Rede, daß die Rückgabe von dem Willen des Erwerbers abhängig gemacht war, wo er denn natürlich das von ihm selbst vorher veräußerte Eigenthum nicht durch sein eigenes Factum untergraben konnte.

4) Auch darin muß man Rießer widersprechen, wenn er sich auf

L. 4. §. 4. L. 16. de in diem addict. (18, 2.)
L. 6. pr. de rescind. vendit. (18, 5.) r)

beruft. Denn sie betreffen bloß eine unter den Classikern streitig gewesene Frage, ob, wenn die conditio resolutiva den Vertrag vernichte, dennoch der Rückerwerber die actio ex contractu wider seinen Gegner habe;

L. 6. §. 1. de contrah. emt. (18, 1.)
L. 4. pr. L. 5. de lege commiss. (18, 3.) s)

p) Si a te comparavit is, cujus meministi: et convenit, ut, si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inemta: remitti hanc conventionem rescripto nostro non jure petis. Sed si se subtrahat, ut jure dominii eandem rem retineat: denunciationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem potes juri tuo consulere.

q) Si praedium quis sub ea lege comparavit, ut, si displicuerit, inemtum sit: id, utpote sub conditione venditum, resolvi et redhibitoriam actionem adversus venditorem competere, palam est.

r) Si convenit, ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur; ex emto actio est, ut Sabinus putat: aut proxima emti in factum datur.

s) Lex 4. Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit ex, solutum, inemtus fieret: videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo, quam de his, quae ex fundo percepta sint: itemque si deterior fundus effectus sit facto emtoris et quidem finita est emtio, sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere: ut rescriptis imperatoris Antonini, et Divi Severi declaratur.

eine Frage, welche von großer Bedeutung ist, z. B. in Betreff der consumirten Früchte, welche wohl durch eine Contractsklage gefordert werden können, nicht aber nach §. 568. durch die bloße rei vindicatio, wenn der Besitzer in bona fide ist.

5) Endlich beruft sich Rießer noch auf

L. 3. Cod. de pact. inter emt. (4, 54.) [t]);

allein er muß zugeben, daß das Gesetz ein dem Fall durchaus nicht genau bezeichnendes Rescript ist, und hier aus den in

Thibaut, civil. Abhandl. S. 358—378.

entwickelten Gründen, auf keine Weise als entscheidend gelten kann, da wir im übrigen genug bestimmte Gesetze haben.

§. 125.

ad voc. hindert sofort den Erwerb ꝛc.

Diese Sätze des Compendiums liegen in der Natur der Sache, weil man bei Verträgen scherzen darf, und weil der Contrahent sich an sich selbst halten muß, welcher sich von einem Andern freiwillig zum Besten haben ließ. Die Gesetze in nota s sagen es auch auf's Bestimmteste, daß eine conditio affirmativa impossibilis den Vertrag vernichtet, welcher von ihrer Erfüllung abhängig gemacht ist. Dennoch hat

Richter, nota s citatus

gerade das Gegentheil behauptet, indem er bloße Singularien der Ehe, welche als Sacrament vielfach ihr Eigenes hat, auf alle weltliche Verträge bezieht, die Gesetze, welche das Gegentheil sagen, ganz umgeht, und dann noch allerhand schiefes Holz zusammenträgt, indem er sich sogar auf

L. 1. §. 5. L. 65. pr. de verb. oblig. (45, 1.) [u])

---

t) Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteratur: sin non precariam possessionem traditit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

u) Lex 1. Sed si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis: Stichi adjectionem pro super-

beruft, wo gar nicht von Bedingungen die Rede ist, sondern von nichtssagenden Nebenäußerungen, welche man denn natürlich als einen ructus muß passiren lassen, ohne daß man thut, als ob man es gemerkt hätte.

ad voc. Allein bei Verträgen muß man nach römischem Recht unterscheiden.

Es gibt Mehrere, welche hierüber ganz anders unterscheiden, indem sie meinen, wenn eine conditio moraliter impossibilis negativa dem Vertrage als suspensiva hinzugefügt werde, so vernichte sie den Vertrag, während sie als resolutiva keine Dienste thue. Allein es wäre dieß höchst verkehrt, da ja sonst nach Zusatz zu §. 121. die suspensiva und resolutiva gleiche Wirkung haben. Nach den Gesetzen in nota u haben hier auch die Römer ganz anders, und zwar vernünftig so raisonnirt: Ein rechtlicher Mann läßt sich nichts dafür versprechen, daß er etwas Schlechtes unterlasse, und so würde ein solches Versprechen, als ein pactum turpe nach §. 4. gar keine Verbindlichkeit begründen. Läßt sich also Jemand für das Unterlassen einer schlechten That ein praemium suspensiv oder resolutiv versprechen, so ist in beiden Fällen der Vertrag ungültig. Allein dagegen ist nichts einzuwenden, daß Jemand wegen seiner Sünden Buße thut, und sich einer Züchtigung unterwirft. Verspricht also Jemand suspensiv oder resolutiv, daß er etwas geben wolle, wenn er diese oder jene schlechte That begehe, so haben die römischen Juristen nichts dagegen einzuwenden.

§. 128.

ad voc. Schaltjahr.

Die Vorschriften der Gesetze über das Schaltjahr und den Schalttag sind unverständlich, wenn man nicht weiß, wie die Tage im römischen Kalender gezählt wurden.

---

vacuo habendam puto; nam si tot sunt stipulationes, quot corpora: duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem. — Lex 65. Quae extrinsecus, et nihil ad praesentem actum, pertinentia adjeceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur, nec vitiabunt obligationem: veluti si dicas, arma, virumque cano, spondeo: nihilominus valet.

Man bemerke daher, daß die Römer rückwärts rechneten, und zwar von den angenommenen drei Hauptpuncten, nämlich vom 7. oder 5. (nonae), dem 15. oder 13. (Idus) und dem 1. (calendae) jedes Monats. Dabei war noch das Eigene, daß man durch die Zahl nicht den Tag bezeichnete, an dem man schrieb, sondern den demselben vorhergehenden Tag, weil man nämlich diesen Tag gleichsam als Basis mitzählte, z. B. in einem gemeinen Jahr hat der Februar 28 Tage. Wollte man nun vom 26. Februar, also am dritten Tag rückwärts von den calendis Martii datiren, so hieß es nicht die tertio, sondern die quarto calendarum oder calendas i. e. ante calendas Martii. Hieraus erklärt sich folgendes Schema:

23. Februar septimo calend. Martii
24. Februar sexto calend. Martii
25. Februar quinto calend. Martii
26. Februar quarto calend. Martii
27. Februar tertio calend. Martii
28. Februar pridie calend. Martii
1. März calend. Martii.

In einem Schaltjahr ward nun, weil man es gewisser Feste wegen für das bequemste hielt, der Schalttag zwischen dies VII. und VI. calendas Martii eingeschoben, und dann auch dies sextus genannt. Dieser eingeschaltete dies sextus, war daher entfernter von den calendis, als der gewöhnliche dies sextus; jener heißt daher als der von den calendis entferntere, dies sextus posterior, dieser aber dies sextus prior. Da beide in der Regel nur als ein einziger Tag gezählt wurden, so heißen beide auch zusammen dies bissextus.

ad voc. Es läßt sich nicht erweisen rc.

Ueber die folgenden Sätze ist dieß zu bemerken:

1) Es gibt Viele, welche meinen, man müsse die römische Vorschrift, daß der Monat im Zweifel 30 Tage betrage, jetzt verlassen, und die zwölf Monate des Jahrs rein mathematisch theilen, oder auf jeden Monat das summum, nämlich 31 Tage, oder das minimum, also 28 Tage, zählen. Allein es ist dieß fast lächerlich. Denn unsere Gesetze kannten auch schon das julianische Jahr

mit 12 ungleichen Monaten, und nahmen doch, als Mittelzahl 30 Tage an, gegen welche gesetzliche Vorschrift wir durchaus kein neueres Gesetz haben, indem vielmehr die

K. G. O. Thl. 2. tit. 23. §. 3.

die römische Vorschrift wiederholt hat. Die richtige Idee ist jetzt am besten vertheidigt von

Reinfelder, der annus civilis des römischen Rechts, Stuttgart 1829. S. 116—178.

2) Viele sind der Meinung, der Schalttag sey jetzt der 29. Februar, weil in einem gemeinen Jahr der Februar nur 28, im Schaltjahr aber 29 Tage enthälte, und also der hinzukommende Tag der 29. sey. Allein gesetzlich ist uns vorgeschrieben, den 24. als den eingeschalteten zu betrachten, und so steht er auch in dem von uns recipirten gregorianischen Kalender. Keine Ansicht ist also natürlicher, als die: In einem Schaltjahr werden die auf den 23. Februar folgenden Tage durch Einschiebung des Schalttags vorwärts gerückt, und dieß macht denn bei der Einrichtung unserer Kalender, im Schaltjahr eine Veränderung der Zahlen nothwendig.

§. 129.

ad voc. continuum ratione initii etc.

Viele unserer Juristen nehmen auch ein tempus continuum ratione initii et utile ratione cursus an, aber richtiger in Beziehung auf das positive Recht ist es, wenn

Günther, principia juris Romani §. 193.

nichts davon erwähnt, indem eine solche sonderbare Zeitrechnung nirgend in den Gesetzen vorkommt. Diese müßte nämlich, wenn etwas der Art existiren sollte, Fälle enthalten, da sie sagte, eine Frist solle sofort ohne Rücksicht auf die Hinderung laufen, dann aber wieder sofort jeder Moment der Hinderung abgerechnet werden, welches denn offenbar ein gleichzeitiges Nehmen und Geben wäre. Daß nun etwas der Art in

L. 55. de aedilit. edict. (21, 1.) x)

x) Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur: non videtur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit; non

stehe, hat zwar Glück l. c. angenommen; allein hier ist ja gar nichts weiter gesagt, als daß bei Berechnung des tempus utile der ädilitischen Klagen (§. 1059. II.) die Tage nicht als Verhinderungstage gelten sollen, wo die eigene grobe culpa des Behinderten seinen Irrthum bezeugte. Auch Haubold nota f citatus hat die Idee von Glück, weil in

L. 19. §. ult. L. 20. de aedilit. edict. (21, 1.) y)
L. 2. Cod. de aedil. act. (4, 58.) z)

gesagt werde, die Frist der actio redhibitoria solle gleich vom Tage des Verkaufs anfangen. Allein da Hinderungstage nicht vermuthet werden, so muß zunächst bei jeder Frist ein bestimmter dies a quo in Ansatz kommen. Heißt es dann aber dabei, wie z. B. bei den ädilitischen Klagen, der Behinderungstag werde dir abgezogen, so kann dann auch der Lauf nicht anfangen, wenn an jenem dies a quo ein impedimentum stattfand, und daher haben die ädilitischen Klagen ein tempus utile ratione initii et cursus.

ad voc. Auch dieß ist ohne besondere Gesetze nicht anzunehmen.

Da die alten Römer noch keine festen Stundeneintheilungen hatten, so war es natürlich, daß man bei der alten Civilzeitrechnung ein factum, welches an einem Kalendertage stattgehabt hatte, gleich vom ersten Moment dieses Tages datirte. Allein bei dieser alten Computation galt, sofern vom Vortheil und nicht vom Schaden einer Person die Rede war,

L. 3. §. 3. de minoribus (4. 4.)

---

idcirco tamen dissolutam ignorationem emtoris excusari oportebit.

y) Lex 19. Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet; si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur: annus utilis est; sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit: aut, si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve quid est.

z) Cum proponas servum, quem pridem comparasti, post anni tempus fugisse: qua ratione eo nomine cum venditore ejusdem congredi quaeras, non possum animadvertere. Etenim redhibitoriam actionem sex mensium temporibus: vel quanto minoris anno concludi, manifesti juris est.

auch noch die Eigenheit, welche man bisher durch allerlei subtile Gründe zu erklären suchte, daß man den ersten Moment des letzten Tages, als Vollendung dieses Tages behandelte, während es doch nun offenbar natürlicher gewesen wäre, im consequenten Gegensatz den letzten Moment des letzten Kalendertags zum Schlußpunct zu machen. Diese sogenannte computatio civilis (wobei der letzte Tag geradezu geschenkt wird, und wovon bei allen Berechnungsarten des neuern Rechts in der Regel nie die Rede ist), findet sich namentlich bei der alten usucapio (§. 1044.), so wie bei Berechnung der Testamentsmündigkeit, welche mit der pubertas beginnt (§. 797.). Wir haben darüber die besonders berühmte

L. 5. qui test. facere poss. (28, 1.)

wonach A, welcher am 1. Januar 1800 Abends 6 Uhr geboren war, nicht bloß am ganzen 1. Januar 1814, sondern schon am ganzen 31. December 1813 gleich nach 12 Uhr Nachts (post sextam horam noctis) testiren kann. Die in §. 797. nota k citirten Schriftsteller haben dieß auch mehrentheils zugegeben, nur nicht der dort citirte Unterholzner, welcher später auch wieder in der zweiten Ausgabe seiner Schrift über Verjährung Bd. I. S. 295—312 behauptet hat, man müsse jenes post sextam horam noctis auf den letzten Moment des 31. Decembers beziehen. Allein was post den 31. December existent wird, das fällt ja auf den 1. Januar. Wenn also Jemand am 31. December testiren kann, so muß jenes post im 31sten December liegen. Unterholzner's Irrthum ergibt sich auch klar aus

L. 1. de manumissionibus (40, 1.) [a])

L. 132. pr. L. 134. de verb. signif. (50, 16.) [b])

wie jetzt ausführlich entwickelt haben

---

a) Placuit, eum, qui calendis Januariis natus, post sextam noctis pridie calendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere, non enim majori viginti annis permitti manumittere: sed minorem manumittere vetari; jam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi, —

b) Lex 134. Anniculus non statim, ut natus est, sed trecesimo sexagentesimo quinto die dicitur, incipiente plane non exacto die: quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus:

Reinfelder, der annus utilis, Stuttgart 1829. und Löhr im Arch. für civ. Prax. Bd. 11. Hft. 3. No. 18.

§. 130.

ad voc. Modus.

Der Begriff des modus ist sehr streitig. Einige nehmen ihn bei allen Geschäften allgemein dann an, wenn dem Empfänger eine Nebenverpflichtung aufgelegt ist; Andere nehmen ihn zwar auch bei jeder Nebenverpflichtung an, aber nur, wenn diese einem Beschenkten aufgelegt ist. Eine dritte Parthei nennt nur das modus, wenn dem Empfänger aufgelegt ist, daß er mit dem Empfangenen etwas vornehmen solle, also nicht, wenn ihm andere Leistungen zur Nebenpflicht gemacht wurden, wobei denn wieder Streit darüber ist, ob dieser enge modus nur bei Schenkungen oder bei allen Geschäften stattfinde. Für die zweite Parthei hat sich jetzt ausführlich erklärt

Wächter, nota k. citatus.

Es verhält sich mit der Sache einfach so: die Definition in

L. 17. §. 4. de condit. et demonst. (35, 1.) c)

sagt bestimmt, modus sey: si in hoc legatum est, ut *ex eo* quid fieret, also hat die dritte Parthei bei ihrem Hauptbegriff recht, wozu es auch sehr gut paßt, daß modus sonst überall heißt, einem Dinge Maaß und Ziel setzen. Zwar beruft sich Wächter auf Gesetze, welche von andern Nebenverpflichtungen reden, allein sie sagen nicht, daß auch diese modus heißen. — Ebenso ungenügend ist es, wenn er sagt, bei andern Nebenverpflichtungen müsse doch auch die Verbindungskraft aber so seyn, wie bei dem, was das Compendium modus nenne; denn obgleich dieß wahr ist, so muß man doch erwiedern: zwei Dinge können gleiche Wirkung haben, ohne deßwegen identisch zu seyn. Es bleibt also nur noch

c) Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo, ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur.

die Frage, ob sich auch bei andern Geschäften, als der Schenkung, ein modus in jenem Sinne denken läßt? und dieß muß man nach der Vernunft und den Gesetzen in nota k bejahen. Nur das Wort modus findet sich hier nicht in den Gesetzen; allein das corpus juris sollte ja keine Materialien für ein erschöpfendes Wörterbuch enthalten, und warum sollte ein der Sprache gemäßes Wort, welches zufällig bei der Schenkung gebraucht ist, nicht ebenso gut bei andern Geschäften angewandt werden? Für die erste Parthei hat sich jetzt wieder erklärt

Pfeiffer, practische Ausführungen, Bd. 1. No. 4.

Seine Hauptgründe sind aber die, worauf sich Wächter, dessen Schrift ihm unbekannt blieb, berufen hat, um zu zeigen, der modus gehe auf jede Nebenverpflichtung. Dabei stützt er sich noch besonders auf

L. 1. Cod. de his, quae sub modo (6, 45.)

wo die Auflage, daß der Legatar eine gewisse Person heirathen solle, für ein modus erklärt wird. Man könnte gegen ihn, nicht ohne einen schlechten Scherz einwenden, eine Braut sey als etwas genommen, ut ex ea quid fieret. Man kann aber noch auf andere Art recht gut ausweichen. Jenes Gesetz ist nämlich ein unbestimmtes Rescript, welches den Fall nicht genau angibt, und so kann leicht gedacht werden, daß hier von einem Fall die Rede war, wo Sachen unter der Bedingung überlassen waren, daß sie bei der Heirath zum Zweck der Ehe angewendet werden sollen.

ad voc. keineswegs Nichtigkeit des Hauptgeschäfts.

Diese Regel des Compendiums ist von

Glück §. 336.

gerade umgekehrt gestellt, und zwar wegen

§. 12. I. de inutil. stipul. (3, 20.) d)

d) Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur: nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat: veluti si quis ita dixerit: si digito caelum attigero, dare spondes? At si ita stipuletur, si digito caelum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest.

L. 31. de obl. et act. (44, 7.) e).

Allein gerade diese Gesetze dienen am besten zu seiner Widerlegung. Wer nämlich etwas sub modo erhält oder annimmt, dem wird ausgemacht, das Object unbedingt verliehen, weil der modus keine conditio suspensiva ist; aber er übernimmt dabei doch in pacto adjecto die Last des modus. Macht nun, wie es jene Gesetze sagen, eine conditio impossibilis affirmativa den Vertrag nichtig, dem sie beigefügt ist, und folgt also daraus, wie es in dem Zusatz zu §. 121. entwickelt ward, daß die resolutiva impossibilis nicht einen Hauptvertrag, sondern die Nebenberedung des Rückfalls errichtet, so muß denn auch der modus impossibilis in sich selbst als nichtig verfallen, und das Hauptgeschäft bleibt gültig. Dieß folgt auch schon aus der Regel des §. 83. nota l, daß man bei einem Geschäft das Gute erhalten und das Schlechte verwerfen solle (utile per inutile non vitiatur).

ad voc. nicht befugt wird, das ganze Rechtsverhältniß aufzuheben.

Um alles das, was das Compendium hierüber gesagt hat, genauer zu fassen, bedarf es noch folgender Erörterungen.

Die Römer haben nach §. 993. den Hauptgrundsatz, daß der Ungehorsam des einen Contrahenten den andern noch nicht zu einer actio ad dissolvendum, sondern nur zu einer actio ad implendum berechtigt. Diese Regel hat indeß Ausnahmen, und zwar:

1) bei einer eigentlichen Schenkung sub modo, wobei der Schenker bloß deßwegen, weil der Beschenkte den modus trotzig nicht erfüllen will, oder culpose nicht erfüllen kann, befugt ist, die ganze Schenkung wieder aufzuheben.

L. 71. pr. de condit. et demonst. (35, 1.)

---

e) Non solum stipulationes impossibili conditione adplicatae nullius momenti sunt: sed etiam caeteri quoque contractus veluti emtiones, locationes, impossibili conditione interposita, aeque nullius momenti sunt: quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.

L. 2. §. ult. L. 3. de donat. (39, 5.) f).

Diese Ausnahme begreift sich auch sehr gut, weil die Römer nach §. 992. nota z das allgemeine Princip hatten, daß wegen Undankbarkeit des Beschenkten der Schenker den ganzen Vertrag widerrufen dürfe, welches Princip sonst nicht bei andern Verträgen angewandt wird, wie §. 993. zeigt. Sodann:

2) gibt es auch noch eine Ausnahme bei den sogenannten ungenannten Contracten, wobei die Römer nach §. 164. das eigene Princip hatten, daß dabei nur der Empfänger, aber nicht der Gläubiger verpflichtet werde, daß also der letzte, selbst muthwillig, von dem Vertrage wieder abgehen könne, also natürlich noch mehr, wenn sich sein Gegner widerspenstig beweise. Diese zweite Ausnahme fällt nun aber bei uns weg, da wir jeden Vertrag, nach §. 165. als so kräftig behandeln, wie es die Römer bei ihrer Stipulation thaten; indem die Römer bei der Stipulation, wie in der Regel bei allen genannten Contracten, nur eine actio ad implendum gegen den Ungehorsamen zuließen.

Uebrigens gibt es in dieser Lehre noch ein singulaires Gesetz. In

L. 1. Cod. de donat. quae sub modo (8, 55.) g)

wird nämlich dem, welcher etwas an einen andern hergab, damit er ihn dafür und davon alimentire, ob modum non impletum eine Revocationsklage und sogar eine vindicatio gegen dritte Besitzer der sub modo weggegebenen Sache gegeben. Dieses Gesetz haben nun Viele auf alle Fälle ausdehnen wollen, obgleich diese Ausdehnung gegen das Princip des §. 993. ist, und auch ganz gegen

---

f) Lex 3. Et generaliter hoc in donationibus definiendum est: multum interesse, causa donandi fuit, an conditio: si causa fuit, cessare repetitionem: si conditio repetitioni locum fore.

g) Si doceas (ut affirmas), nepti tuae a lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet: vindicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est, actionem qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solum condictio tibi quidem in hoc casu, id est in personam actio jure procedit, verumetiam vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.

die Lehre von den Condictionen, wonach man das, was man in das Eigenthum eines Andern übertragen hat, in der Regel nur von diesem durch eine condictio, keinesweges aber durch eine vindicatio von jedem dritten Besitzer zurückfordern kann.

§. 14. 15. I. de act. (4, 6.).

Da die Alimente überall in jure höchst begünstigt sind, wie z. B. Alimentenforderungen nicht unter die gewöhnlichen Principien der Präscription fallen, so konnte und mußte man hier sagen, daß die L. 1. Cod. citata, als ein offenbares jus singulare, nach §. 49. über ihren Fall gar nicht auszudehnen sey, und auf diese Idee hätte man um so mehr kommen müssen, da in jenem Gesetz ausdrücklich durch die Worte: in hoc casu, angedeutet ist, daß der Kaiser zu Gunsten der Alimente die gewöhnlichen Principien verlassen wolle.

Zweiter Abschnitt.

Ueber den Grund der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Ueber Entstehung derselben.

Erstes Capitel.

Einleitung: Besonders über Willenshandlungen überhaupt.

§. 131.

Ad voc. unmittelbare.

Ueber die Eintheilung der Verbindlichkeiten in mediatas und immediatas, und die darauf gegründete Eintheilung der Klagen in dativas und nativas, ist bisher ein, zum Theil sinnloser, Streit geführt. Viele, welche an den Ursprung der Eintheilung nicht dachten, und nun bloß grammatisch die Worte nahmen, sagten: es gebe Verbindlichkeiten durch und ohne das Gesetz, und so habe man das ex lege und mediate ex lege zu verstehen. Da aber alle Verbindlichkeiten als Grund der Möglichkeit

ein Gesetz, und als Grund der Wirklichkeit irgend etwas Factisches voraussetzen, so hat

Meurer nota c. cit.

die ganze Eintheilung als einen Unsinn verworfen. Dagegen meint nun Weber l. c., man könne sie retten, wenn man sage, es gebe obligationes ex facto obligatorio et imputabili, und diese müsse man mediatas nennen, die übrigen aber immediatas. Allein offenbar passen diese Begriffe nicht zu den Worten; auch ist es offenbar unschicklich, neue Begriffe zu erfinden, um einer alten Kunsteintheilung, die man nicht versteht, gewisse Begriffe unterzuschieben. Da bei allen existirenden Kunsteintheilungen gefragt werden muß, was die Erfinder derselben dadurch bezeichnen wollten, so muß auch hier derselbe Weg eingeschlagen werden, und da ist denn alles leicht gefunden. Die Erfinder jener Eintheilung wurden nämlich dazu durch die Gesetze in nota b veranlaßt, und so war ihre Absicht keine andere, als daß sie sagen wollten: es gibt Obligationen, für deren Entstehungsgrund man besondere Namen hat, wie z. B. obligatio ex contractu, ex delicto, quasi ex contractu und quasi ex delicto, oder andere, für die keine solche Kunstnamen existiren, wie z. B. die Pflicht des Vaters, seinen Sohn zu alimentiren. Diese nannte man denn obligationes ex lege oder immediate ex lege, und so mußten sich denn die, welche einen Namen haben, im Gegensatz die Worte mediate ex lege gefallen lassen. So genommen, ist die Eintheilung wahr; doch kann man sie barbarisch nennen, weil gute Juristen lieber nach Realitäten, als nach Zufälligkeiten der Sprache eintheilen.

§. 132.

Ad voc. actus legitimus.

Der Ausdruck actus legitimus kommt im corpus juris nur zweimal vor, nämlich in

L. 77. de reg. jur. (50, 17.) und
L. 41. Cod. de hered. (1, 5.),

in welcher ersten Stelle aber offenbar mit guten Vulgatmanuscripten qui non recipiunt gelesen werden muß.

In beiden Stellen geht der Ausdruck auf aussergerichtliche, in einer gewissen Form vorzunehmende Handlungen. Allein der genauere Sinn der L. 77. citata ist sehr streitig. Sehr Viele behaupten mit

Reichardt nota g cit.:

actus legitimus sey eine besonders feierliche Handlung gewesen, wobei man der bloßen Formalität wegen keine Bedingungen und Zeitbestimmungen gestattet habe. Dieß sucht Reichardt durch folgenden Schluß ausser Zweifel zu setzen: Der Jurist sage in L. 77. citata, die actus legitimi litten wohl eine conditio *tacite* adjecta, und nur dann seyen actus legitimi nichtig gewesen, wenn man die Bedingung ausdrücklich beigefügt habe. Dem Wesen dieser Acte sey also eine Bedingung nicht widersprechend gewesen, folglich habe der Grund ihrer Unzuläßigkeit bloß in der Form gelegen. Allein man bemerke dagegen:

I. Der Jurist sagt, wie Höpfner in einer Abhandlung hinter seinem Commentar mit Recht erinnert hat, in L. 77. cit. keineswegs: actus legitimi sind die Handlungen, qui conditionem non recipiunt, sondern er bemerkt nur: die actus legitimi, denen man keinen dies und keine conditio beifügen dürfe, würden durch deren Beifügung annullirt.

II. Ebenso sagt er nicht, alle actus legitimi litten eine conditio tacita, sondern nur nonnunquam recipiunt. Daraus folgt also nur: Gewisse actus legitimi leiden eine conditio tacita, und bei diesen liegt dann die Unzuläßigkeit der expressa bloß in der Form. Gewisse leiden aber auch nicht einmal eine conditio tacita, und hier muß denn der Grund der Unzuläßigkeit des Tages und der Bedingung im innern Wesen des Geschäfts liegen, wie dieß auch

Höpfner Commentar §. 200. 545.

in Betreff der tutoris datio und hereditatis additio sehr gut gezeigt hat. Denn ein unberathener Pupill muß, als solcher, sofort mit einem Vormund versehen werden, und nach dem Tode eines Erblassers kann man nicht mehr mit ihm capituliren, daher jede Erbschaft genau so angenommen werden muß, wie sie deferirt wird. Es muß daher im System bei jeder einzelnen solennen Handlung untersucht werden, ob dabei ein dies und eine conditio

der Natur der Sache wegen unzuläßig ist, oder bloß wegen einer knappen, altrömischen Formel, wo man denn sagen muß, das letzte bindet uns nicht, weil wir keine Formulargeschäfte mehr haben, wohl aber das erste, weil wir auch das als Natur der Sache anerkennen müssen, was die Römer dafür erklärt haben.

§. 139.

Ad voc. Ist das Letzte rc.

Wenn ein Geschäft nachher genehmigt wird, so sind diese Fälle:

I. Es ist ganz nichtig. Hier sind wieder diese zwei Fälle:

1) Der Mangel lag bloß in der fehlenden Einwilligung; das Geschäft hätte also gleich gegolten, wenn die Einwilligung gleich ertheilt wäre (welcher Fall nur vorkommen kann, wenn die nöthige Zustimmung eines Dritten fehlt, indem ja gar nichts vorhanden ist, wenn nicht einmal die Partheien selbst zugestimmt haben). Alsdann wirkt die Ratihabition gewiß zurück.

L. 16. §. 1. de pignor. (20, 1.)
L. 7. pr. Cod. ad S. C. Maced. (4, 28.).

2) Der Mangel lag daran, daß die gleich anfangs ertheilte Einwilligung damals nichtig ertheilt war; sie wird aber nachher unter veränderten Umständen gültig ertheilt. Hier will nun Hufeland nota c. cit. wegen

L. 65. §. 1. de ritu nupt. (23, 2.) [h])

die Ratihabition nicht zurückziehen. Allein, obgleich in dem Fall dieses Gesetzes aus guten politischen Gründen etwas der Art angenommen ist, so muß man sich doch im Ganzen gegen Hufeland erklären. Denn Justinian entscheidet gerade für zwei bedeutende Fälle, nämlich für Schenkungen unter Hausväter und Ehegatten in

L. 25. Cod. de donat. inter vir. (5, 16.),

h) Idem eodem respondit: mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia: tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat: justas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex justo matrimonio legitimos esse.

daß die Ratihabition zurückgezogen werden solle, und zwar deßwegen, weil sie überhaupt zurückzuziehen sey, welches letzte er in

L. 7. pr. Cod. ad S. C. Maced. (4, 28.)

noch nachdrücklicher ausspricht. Nur für den Fall der insinuatio bei Schenkungen (§. 903.) macht die L. 25. Cod. citata eine Ausnahme, und wieder ganz consequent, weil das Gesetz über Insinuation der Schenkungen eludirt werden könnte, wenn es erlaubt wäre, dabei rückwärts durch eine Ratihabition nachzuhelfen.

II. Das Geschäft galt gleich anfangs, zwar nicht als zweiseitiges, aber doch als negotiorum gestio (§. 969.). Hier hat man nun bisher in den Gesetzen der nota d viele Schwierigkeiten gefunden. Erwägt man indeß die allgemeine Regel, daß der einseitige Wille dem Wollenden, aber nicht dritten Personen schaden soll, so wird man, wie

C. T. Welcker nota d. cit.

sehr gut gezeigt hat, in jenen Gesetzen nichts anderes finden, als diese Regel: der ratihabirende dominus negotiorum muß nur das Genehmigte als mandans gelten lassen, und kann vom gestor actioni mandati belangt werden; allein die bisherigen Rechtsverhältnisse des gestor können durch den einseitigen Willen seines Gegners nicht verändert werden, und gegen den gestor gibt es ungeachtet der Genehmigung nach wie vor nur die actio negotiorum gestorum.

Zweites Capitel.

Ueber Verträge insbesondere.

§. 142.

Ad voc. und Zornige.

Es gibt Mehrere, welche mit

Glück §. 288.

das, was das Compendium über Zornige sagt, läugnen, und dagegen behaupten, man müsse der

L. 48. de reg. jur. (50, 17.)[i])

nur bloß auf die Aufhebung der Ehe beziehen, weil der Jurist nur davon spreche. Allein dieß ist offenbar falsch, indem er ja erst eine allgemeine Regel aufstellt, welche Justinian gerade unter den allgemeinen Titel de regulis juris gebracht hat. Man muß aber auch auf der andern Seite nicht mit Manchen, z. B.

Mühlenbruch tom. I. §. 103.,

sagen: Was im Zorn geschieht, ist null und nichtig. Denn die L. 48. citata sagt nur, der Zornige, welcher nachher widerruft, wird angesehen, als habe er im Zorn ohne Verstand gehandelt; widerruft er aber nicht, so wird er angesehen, als ob er im Zorn mit Ueberlegung gehandelt habe. Es ist höchst wichtig, dieß scharf zu fassen. Denn so ist es z. B. in der Lehre von Testamenten Grundsatz: was anfangs nichtig war, das convalescirt nicht durch nachherige bloße Genehmigung (§. 797.). Hier muß man nun nicht sagen: die Genehmigung des Zornigen macht sein vorher im Zorn errichtetes Testament gültig, sondern man muß sagen: sie zeigt, daß er im Zorn überlegt und rechtsgültig gehandelt habe, und so kommt man denn hier mit jenem Princip des §. 797. gar nicht in Collision.

§. 143.

Ad voc. Selbst bei remissorischen ꝛc.

Die Frage, in wiefern bei Aufhebung eines Rechts auch die acceptatio erforderlich sey, ist nicht ausser Streit. Man bemerke:

1) Das Eigenthum erlischt durch einseitige derelictio, und dann wird die Sache eine res nullius.

Tit. Pand. pro derelicto (41, 7.).

2) Obligationen erlöschen nicht durch das einseitige Aufgeben des Berechtigten.

L. 91. de solut. (46, 3.).

---

i) Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit judicium animi fuisse; ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur.

3) Ueber Servituten haben wir kein allgemeines Gesetz, aber doch die Vorschrift in

L. 64. de usufructu (7, 1.),

daß der Nießbrauch durch bloße derelictio erlischt. Da der Nießbrauch materiell mehr Rechte gibt, als Realservituten, und sonst überall der Schluß a majore ad minus gilt, so ist es gewiß am natürlichsten, wenn man jenes Gesetz auf alle Servituten anwendet, wie man es auch oft gethan hat.

4) Das Pfandrecht erlischt bloß durch Aufgeben des Pfandgläubigers. Denn

L. 7. Cod. de remiss. pignor. (8, 26.) [k])

läßt die Erlöschung des Pfandrechts bloß aus der Rückgabe des Pfandbriefs folgen, und allgemein wird dieß ausgesprochen durch das quotiens recedere voluit in

L. 9. §. 3. de pignor. act. (13, 7.) [l]).

Dennoch ist jetzt zum Theil abweichend

Fritz in dem nota x citirten Archiv,

indem er bloß die obigen Principien über Eigenthum und Obligationen zum Grunde legt, und daraus für alle Fälle dieß Princip bildet: Was durch derelictio eine res nullius werden kann, das kann man einseitig aufheben, aber einer bestimmten Person kann man durch einseitiges Aufgeben keinen Vortheil verschaffen. Er verwirft daher auch den Schluß vom Nießbrauch auf Realservituten, und läugnet die Vernichtung des Pfandrechts durch einseitiges Aufgeben besonders deßwegen, weil oft eine ver-

---

k) Creditricem patrui tui sub obligationem fundi, qui per chirographum nexus pignori fuerat, jubentem eandem cautionem reddi, pignoris etiam jus remisisse videri, manifestum est.

l) Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio, satisfactum autem accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum, sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione, nascitur pigneraticia actio et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit: licet in hoc deceptus sit.

tragsmäßige Erlassung des Pfandes in den Gesetzen vorkomme, und daraus die Erlassung des Pfandes abgeleitet werde, welches nicht passe, in sofern schon die einseitige Aufgebung hinreiche. Allein gegen das Letzte kann man sagen: neben dem Einseitigen kann es auch überall ein Zweiseitiges geben, und wenn die Partheien das letzte wählen wollen, so bleibt es dabei. Wollte daher z. B. Jemand einem Andern eine Sache durch traditio übertragen, so bleibt die Sache sein Eigenthum, wie Fritz selbst zugibt, wenn die traditio a parte accipientis ungültig war, und die Sache wird nun keineswegs aus dem Grund als res nullius behandelt, weil doch immer in der traditio a parte dantis die Absicht liege, daß er nun einmal die Sache nicht haben wolle.

§. 144.

Ad voc. Arrha pacto imperfecto data.

Diese Art von arrha hat neuerlich

Zumbach, de arrha contractuum. Jenae 1828. pag. 13. 14.

ganz verworfen, weil jede arrha ein als bindend geschlossenes Geschäft voraussetze, folglich ein negotium perfectum. Allein man kann ja durch ein Geschäft ein anderes, welches erst nachfolgen soll, vorbereiten, z. B. durch Sponsalien einen künftigen Ehevertrag, oder bei einem Verkauf eine nachfolgende solenne schriftliche Abfassung, und da ist denn immer ein imperfectum, weil das Zurücktreten von dem verabredeten zweiten Geschäft möglich bleibt, und dann bloß den Verlust der arrha zur Folge hat.

Ad voc. und der schuldige Theil verwirkt, was er unter diesem Namen gegeben hat.

Dieser Satz ist von dem im vorigen Zusatze angeführten

Zumbach pag. 19 — 21.

geläugnet, indem er hier wegen

L. 8. de lege commiss. (18, 3.)

L. 1. Cod. de pact. inter emt. (4, 54.) [m])

m) Si ea lege praedium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exolutum, emtrix arrhas perderet, et dominium ad te pertineret: fides contractus servanda est.

zum Verlust der arrha ein besonderes pactum fordert. Allein diese Gesetze erwähnen nur als factisch einen über den Verlust der arrha besonders geschlossenen Vertrag, während

L. 6. de lege commiss. (18, 3.) n)

auch ohne Vertrag den Verlust der arrha annimmt. Das erste macht nun auch gar keine Schwierigkeit, weil man sich ja oft im gemeinen Leben aus Vorsicht das bedingen, was man an sich schon ohne Vertrag nach den Gesetzen fordern könnte.

§. 145.

Ad voc. lassen sich die Gesetze nicht wohl vereinen.

Die Gesetze in nota p sind offenbar einander widerstreitend, und daher ist hier viel gekünstelt worden. In

L. 5. de tribut. act. (14, 4.) o)
L. 51. de aedilit. edict. (21, 1.)
L. 22. §. 5. de liberali causa (40, 12.) p)

ist so gesagt; Die Wissenschaft des Stellvertreters schadet dem Principal; irrt aber der Stellvertreter und hat der Principal Wissenschaft, so kann dem klagenden Stellvertreter ex persona domini keine utilis exceptio entgegengesetzt werden. In

L. 13. de contrah. emt. (18, 1.) q)

heißt es für den letzten Fall: bei der Wissenschaft des Principals sey der Verkäufer gar nicht verantwortlich. Offenbares Subintelligiren ist es nun, wenn

Mühlenbruch, von der Cession S. 88 — 98.

---

n) De lege commissoria interrogatus ita respondit; si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore; et id, quod arrhae, vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

o) Procuratoris autem scientiam, et dolum nocere debere domino, neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus.

p) Sed, si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet; sicuti tutoris quoque nocere, Labeo putat.

q) Sed si servo meo, vel ei, cui mandavero, vendas sciens fugitivum, illo ignorante, me sciente: non teneri te ex emto, verum est.

hier diese Distinction annimmt: Wegen der Wissenschaft des Principals kann nicht excipirt werden, wenn der irrende Stellvertreter, wohl aber wenn der Principal klagt; doch kann auch jener wegen der Wissenschaft des Principals durch die exceptio doli zurückgetrieben werden. Ganz widersprechend ist aber

L. 17. de liberali causa (40, 12.) r),

wo bestimmt von dem irrenden Procurator steht: non competit *ei* actio, und dann noch sogar: die Wissenschaft des Procurator schadet dem irrenden Principal nicht; wobei denn auch Mühlenbruch nur durch willkührliche Kritik und durch die Bemerkung helfen kann, daß ein solches einzelnes Fragment gegen mehrere andere nicht entscheiden könne.

§. 146.

Ad voc. über ihre Person irren.

Ueber die Frage, was der error in persona bei Verträgen bewirke: haben Viele geantwortet: der Vertrag sey dann ungültig, wenn der Irrende durch seinen Irrthum zur Eingehung des Vertrags bewogen sey. Allein diese Idee muß man verwerfen, da der Irrthum in den Beweggründen an sich kein error essentialis ist, wie im folgenden Zusatz gezeigt werden soll. Man unterscheidet vielmehr so:

1) Der Irrthum betrifft die Identität der Person; z. B. A glaubt an B zu verkaufen oder zu schenken, während C mit ihm contrahirt. Hier ist das Geschäft null und nichtig, die Person mag nun, wie bei der Ehe, selbst Object des Vertrags seyn oder nicht, weil die römischen Juristen es als wesentlichen Theil des consensus ansehen, daß man mit der Person contrahire, an die man denkt.

L. 32. de reb. cred. (12, 1.).

---

r) In servo, et in eo, qui mandato nostro emit, tale est: ut, si certum hominem mandavero emi, sciens liberum esse licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit, et non competit ei actio. Contra autem si ego ignoravi, procurator scit: non est mihi deneganda.

Daß hier der Irrthum nur schade, wenn es bei dem Vertrage auf persönliche Eigenschaften ankomme, behauptet zwar jetzt

Bucher, das Recht der Forderungen, Auflage 2. S. 108.,

aber durchaus ohne alle Gesetze.

2) Der Irrthum betrifft nur die Eigenschafen der Personen, aber nicht ihre Identität. Für solche Fälle haben wir nun leider keine allgemeinen Gesetze, sondern nur die in nota a enthaltenen schwachen Analogien, welche an sich sonderbar genug, und bei der Anwendung auf ein bloß moralisches Object mit doppelten Schwierigkeiten verknüpft sind. Denn, wenn z. B. die Gesetze in nota u sagen: in sofern ein als golden gekaufter Gegenstand bloß übergoldet sey, finde ein error essentialis statt, nicht aber, wenn das Gold in einer Mischung die ganze Substanz durchdringe (inauratum); so ist die Frage nicht leicht, ob Windbeutel in der Wissenschaft und mondsüchtige Schönen als bloß übergoldet, oder als mit Gold versetzt zu behandeln sind. Daher hat man denn auch den Irrthum in Beweggründen zu Hilfe gerufen, aber wie gesagt, verkehrt. Nur soviel kann man mit Gewißheit sagen, daß, wenn Jemand vertragsmäßig pacta zu leisten hatte, die er im Wesentlichen oder auch nur theilweise nicht leisten kann, alsdann der andere Theil das ganze Geschäft aufrufen kann, und zwar nach den Principien der actio redhibitoria (§. 191.), weil ihm das Versprechen nicht geleistet war.

Ad voc. Dagegen ist ein Irrthum über die Beweggründe ꝛc.

Bei den ältern Juristen findet man oft die Behauptung, daß der Irrthum in den Beweggründen, selbst wenn er nicht mit einem error in objecto verbunden sey, jeden Vertrag nichtig mache. Auch jetzt hat wieder

Valett, Pandecten Bd. 1. §. 102.

dieselbe Behauptung aufgestellt, bloß mit Berufung auf Gesetze, welche von der causa bei Testamenten (§. 798.) reden, und gar nicht auf Verträge passen, da Testamente als einseitiger Act der Liberalität ganz anders behandelt

werden, als Verträge. Für den Satz des Compendiums kann dieß gesagt werden:

1) Die Lehre der Gegner führt zu dem verderblichsten Resultate. Denn unendlich oft werden die Contrahenten durch Motive geleitet, die sie nachher bereuen, und alle Festigkeit des Rechts würde bis zur Ehe hinauf verschwinden, wenn jeder Contrahent sagen könnte, der Vertrag ist nichtig, weil meine Motive auf fehlgeschlagenen Hoffnungen beruhten. Zum Begriff des consensus gehört auch nicht das, was denselben bloß veranlaßt.

2) In

L. 65. §. 2. de cond. indeb. (12, 6.) s)

kommt gerade ein Schenkungsvertrag vor, und dennoch wird hier der Irrthum in Beweggründen als Anfechtungsgrund verworfen.

3) Der dolus causam dans (§. 148.) bewirkt einen Irrthum in Beweggründen. Dennoch werden dabei stricti juris negotia nicht als null behandelt, sondern es muß die actio de dolo auf restitutio in integrum angestellt werden. Nun aber wird die actio de dolo nur gestattet, wo gar kein anderes Rechtsmittel möglich ist (§. 1008.). Wäre also der Irrthum in Beweggründen an sich eine causa nullitatis, so würde die actio de dolo hier undenkbar seyn, indem auch stricti juris negotia ob errorem essentialem nichtig sind.

L. 57. de obl. et act. (44, 7.).

4) Zu den härtesten Irrthümern in Beweggründen gehört gewiß der Fall, wenn Jemand ein indebitum als debitum zahlt. Dennoch wird hier nur die *condictio* indebiti gestattet (§. 972.), woraus denn nach

§. 14. 15. I. de act. (4, 6.)

von selbst folgt, daß an sich eine alienatio des Zahlenden, und daher kein negotium nullum angenommen wird.

---

s) Id quoque quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjecta ab eo putavi, licet non sit factum: quia donari volui, quamvis false mihi persuaserim, repeti non posse.

Ad voc. Doch widerstreiten sich die Gesetze über die Frage rc.

Auf's neue hat sich jetzt wieder

Seuffert nota b cit.

mit wenig Worten für die Vereinigungsversuche von

Averan, interpretationes Lib. I. cap. 17.

erklärt, in dieser Art: Ulpian sage zwar in

L. 18. pr. de reb. cred. (12, 1.) [t])

nummos accipientis non fieri, während Julian in

L. 36. de acquir. rer. dom. (41, 1.)

sage: constat proprietatem transire; allein Ulpian gestattet doch dem Geber keine vindicatio. Man braucht aber darauf nur dieß zu erwiedern: Ulpian sagt offenbar nein und Julian ja; also ist der Widerspruch klar. Geht nun nach Ulpian das Eigenthum nicht über, so bleibt auch bei dem Geber die vindicatio. Ulpian gestattet zwar wohl dem Empfänger eine exceptio, aber nur im Fall der consumtio, welche auch sonst als titulus gilt.

L. 14. de reb. cred. (12, 1.)

Der Widerspruch ist neuerlich auch wieder zugegeben von Glück und Gesterding nota b cit. Doch will jener Julians Meinung, als angebliche recepta sententia vorziehen, und der letzte als die beste und billigste Meinung, während doch nach Justinians Vorschrift (§. 35.) alles vereinigt werden soll.

§. 147.

Um die in §. 147. aufgestellten Unterscheidungen aus Gründen zu fassen, werden folgende Hauptideen hinreichen:

1) Wenn bei einem einseitigen Irrthum ein nach §. 146. wesentlicher Irrthum stattfindet, so schließt dieser, seinem Begriff zufolge, den wechselseitigen consensus aus. Das

---

t) Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias: Julianus scribit donationem non esse, sed an mutua sit, videndum, et puto, nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.

Geschäft muß hier also, wegen Mangel der Zustimmung, als nichtig behandelt werden.

2) Ist der Irrthum nach §. 146. nicht wesentlich, so heißt dieß ja gerade, daß consensus da ist, und das Geschäft kann also ob *errorem* nicht hinfällig seyn, sondern aus dem Irrthum entstehen höchstens Ansprüche auf Entschädigung.

3) Was man ob errorem nicht anfechten kann, das läßt sich nach Umständen noch wohl aus andern Gründen anfechten, namentlich ob dolum. Z. B. A beredet den B durch Lügen, ein Pferd zu kaufen, welches B wirklich im Sinn hat, aber doch ohne die Lügen des A nicht gekauft haben würde. Hier ist ein durch dolus causam dans bewirkter error in Beweggründen, welcher nach §. 146. keine Anfechtungsklage ob errorem begründet, wohl aber nach §. 149. eine rescissio ob dolum. Es läßt sich aber auch denken, daß ein dolus einen error essentialis veranlaßt; z. B. wenn A den B durch Lügen bewegt, an das Haus Nro. 17. zu denken, während er von dem Hause Nro. 20. spricht. In diesem Falle muß man nun nicht mit

Glück 4. Bd. §. 298.

sagen, das Geschäft sey ex capite doli anzufechten; denn es ist hier schon an sich ob errorem essentialem nichtig, und nach §. 1008. nota u muß die Klage ob dolum nach allen andern denkbaren remediis angestellt werden. Auch ist es falsch, wenn Glück hier meint: wer einen andern bei einem Versprechen irren lasse, der sey eo ipso in dolo. Offenbar kann man dieß nur sagen, wenn er ihn zu seinem Schaden irren läßt, nicht aber, wenn er aus Gefälligkeit mit freundlicher Miene eine schlechte Sache als einen Schatz annimmt, weil sie der Geber für etwas ganz kostbares hält. Zu diesen richtigen Ansichten ist nun auch

Glück 16. Bd. §. 973.

übergetreten.

§. 148.

ad voc. dolus causam dans.

Unsere Praxis hat von jeher auf die im Compendio angegebene Art zwischen dolus caussam dans und inci-

dens unterschieden, und behauptet, wegen des ersten könne man das ganze Geschäft anfechten, wegen des letzten aber nur Entschädigung fordern. Dagegen behaupten Andere mit

Noodt nota o cit.

wegen beiden Arten des dolus könne man das ganze Geschäft anfechten, welche Theorie Noodt dadurch herausbringt, daß er in

L. 7. pr. de dolo (4, 3.) [u])

die für die Praxis ganz entscheidenden Worte: „aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est", als ein unkluges Glossem ausstreicht, obgleich alle Manuscripte, und selbst die Basiliken so lesen. Gegen diese Willkühr ist nun zwar

Neustetel nota o cit.

aber doch im Resultate für die Ansicht von Noodt, indem er theils die L. 7. pr. citata nach willkührlichen Fictionen zusammenpreßt, theils den allgemeinen Grund anführt, daß der Richter nicht übersehen könne, ob der Betrogene zum Handel durch dolus bewogen sey oder nicht. Allein Geständnisse, die offenbare Natur der Umstände und Eide können hier ja jeden Zweifel heben. Zu läugnen ist es freilich nicht, daß die Worte: hoc enim bis circumscriptus est nicht ohne Schwierigkeit sind, da der eine Satz negativ lautet, der zweite von aut nullam aber affirmativ. Bedenkt man indeß, daß Ulpian oft nachlässig schrieb, daß man sich bei negativen Gegensätzen am leichtesten vergreift, und daß die Classiker das dicemus auch sonst oft subintelligiren, so kann man die

---

u) Et eleganter Pomponius haec verba, si alia actio non sit, sic excipit, quasi res alio modo ei, adquem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Julianus lib. 4. scribit, si minor annis vigintiquinque consilio servi circum scriptus, eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit; (aut) nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est, et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.

Stelle so übersetzen: die actio de dolo geht gegen den manumissus, wenn der Käufer nicht wegen seines dolus durch die actio venditi belangt werden kann; oder man kann ja auch sagen: der Handel sey null, wenn der dolus ein caussam dans war. Die Verfasser der Basiliken haben die Stelle auch so verstanden, aber besser beide Sätze affirmativ so gefaßt: Nam si dolo non caret venditor, tenetur actione ex emto, vel irrita est venditio, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.

§. 149.

Ad. voc. nicht von dem dritten Besitzer abgefordert werden.

Ueber diesen höchst wichtigen Satz bemerke man noch dieß: wenn einer Person durch Betrug eine Sache abgelockt, und diese vom Betrüger an einen Dritten veräussert ist, so lassen sich zwei Arten denken, wie der Betrogene den Dritten auf Herausgabe belangen kann, nämlich:

1) indirect, wenn der Betrüger dem Betrogenen seine Klagen cedirt, wodurch er, der Betrüger, die Herausgabe der Sache vom Dritten fordern könnte; z. B. A lockt dem B eine Sache durch Betrug ab, und C stiehlt die Sache von A oder leiht sie von diesem. Hier hat A selbst Rückforderungsklagen gegen C, und deren Cession kann B von A verlangen, weil der Betrüger schuldig ist, alles zu thun, was in seiner Macht steht, um dem Betrogenen wieder zu seiner Sache zu verhelfen.

2) Der Betrogene will direct und proprio jure gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe klagen. Dieß läßt sich nur in sofern denken, als der Betrogene sagen dürfte, er sey des Betruges wegen Eigenthümer seiner Sache geblieben. Daß nun der Betrogene so sagen dürfe, behaupten Viele, weil bei einem dolus causam dans der Betrogene keinen animus transferendi dominium gehabt habe. Allein

L. 10. Cod. de rescind. vend. (44, 4.) x)

---

x) Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio ven-

steht klar das Gegentheil, und ebenso in

L. 4. §. 28. de doli except. (44, 4.) [y]).

Es ist dieß auch ganz civilistisch. Denn ein dolus caussam dans erzeugt in der Regel nur einen Irrthum in den Beweggründen, und ein solcher Irrthum hebt nach dem zweiten Zusatz zu §. 146. den animus transferendi dominium nicht auf. Bei einer solchen directen Klage gegen den dritten Besitzer kann es denn auch dem Betrogenen nichts helfen, wenn der Dritte ohne Titel besitzt, für welchen Fall die in nota x citirten Rechtsgutachten noch eine Ausnahme zulassen, aber irrig; denn wer eine vindicatio anstellt, der siegt nicht dadurch, daß der Besitzer keinen Grund zum Besitz hat, sondern nur dadurch, daß ihm, dem Kläger, an sich eine actio in rem zustehe.

L. 5. pr. in fin. si ususfruct. petat. (7, 6.) [z]).

So kann man denn auch mit

Neustetel und Gesterding nota x cit.

behaupten, daß bei einem dolus caussam dans, wie bei der solutio indebiti das Geschäft im strengsten Sinn keinesweg nichtig ist, sondern nur durch eine Personalklage angefochten werden kann, daß also der betrogene Verkäufer selbst im Concurse des Käufers nur befugt ist, in der fünften Classe als nudus chirographarius zu liquidiren, und daß das Eigenthum der Sache erst nach erfolgter Rückgabe derselben wieder auf ihn übergeht.

Ad voc. nicht geholfen werden.

Diese Sätze sind streitig, und auch die Gegner sind unter sich nicht einerlei Meinung. Denn so behauptet

---

ditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.

y) Si cum legitima hereditas Gaji Seji ad te perveniret, et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum ne adeam hereditatem; et posteaquam ego repudiavi hereditatem tu eam Sempronio cesseris pretio accepto; isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus qui ei cessit, non potest pati.

z) Quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

Glück nota c cit.

daß wenn der Betrogene von dem Dritten nichts erhalten könne, demselben gegen seinen Mitcontrahenten restitutio in integrum zu ertheilen sey. Allein die Gesetze wissen nichts von einer restitutio in integrum wegen eines Irrthums in Beweggründen, und lassen hier bloß die actio de dolo gegen den dritten Betrüger zu, wodurch indirect bewiesen ist, daß es hier keine restitutio ob errorem gegen den Contrahenten geben kann, weil, wenn diese zulässig wäre, die actio de dolo wegfallen müßte.

L. 1—7. de dolo (4, 3.).

Noch weiter geht Leyser l. c., indem er meint, wegen des doli des Dritten sey auch das Geschäft mit dem Contrahenten ob errorem essentialem null und nichtig. Allein es beruht dieß auf dem Satz, dessen Falschheit schon im zweiten Zusatz zu §. 146. gezeigt ist, daß der Irrthum in Beweggründen ein error essentialis sey.

§. 152.

Ad voc. schlechthin dadurch vernichtet wird.

Diese Sätze sind von Manchen geläugnet, welche mit

Höpfner §. 1005.

behaupten, nur vier bonae fidei negotia, welche Höpfner nennt, würden durch metus caussam dans vernichtet. Allein man muß dieß vielmehr für alle bonae fidei negotia annehmen; denn die citirten Gesetze sagen allgemein, daß vis und metus der bona fides widerstreiten, und daß jede vis einen dolus enthalte. Macht nun aber der bloße dolus schon ein bonae fidei negotium nichtig, so muß es um so mehr der Zwang thun. Auch läßt sich kein Vernunftgrund denken, warum die Römer gerade vier bonae fidei negotia von den übrigen hätten scheiden sollen. Wenn in manchen Gesetzen, z. B.

L. 8. Cod. h. t. (2, 20.)

die Ausdrücke rescindere vorkommen, so sagt dieß für Höpfner's Ansicht nichts, weil in der unreinen Latinität der Codex jenes Wort auch da gebraucht wird, wo etwas ipso jure nichtig ist.

L. 5. Cod. de rescind. vend. (4, 44.)

Auch steht

L. 21. §. 5. h. t. (4, 2.) [a])

dem Compendio nicht entgegen. Der Grund nämlich, warum Furcht und Betrug Nullität bewirken, liegt eigentlich nicht darin, weil es hier an der Einwilligung fehlt, (denn auch der Gezwungene willigt ein), sondern darin, weil die mala fides mit einem bonae fidei negotio unverträglich ist.

Ad voc. **unbedingt gegen diesen zu statten.**

Diese unbedingte Regel hat

Glück nota s cit.

bestritten, indem er, um die beiden in nota s citirten Gesetze zu vereinigen, folgende Distinctionen aufgestellt: wenn der Dritte durch seinen Zwang direct die Schliessung des Geschäfts intendirte, so war dieß entweder

I. dem andern Mitcontrahenten bekannt. Dann ist das Geschäft nichtig

II. oder nicht. War das Geschäft in diesem Fall

1) noch nicht erfüllt, so kann sich der Gezwungene unbedingt mit der exceptio metus schützen; war es aber

2) erfüllt, so kann entweder

a) der Gezwungene von dem Zwingenden Schadensersatz erhalten. Dann muß er den Zwingenden in Anspruch nehmen;

b) oder nicht. In diesem Falle ist ihm gegen seinen Mitcontrahenten restitutio zu ertheilen.

Allein diese Distinctionen sind durchaus willkührlich und gegen die beiden Gesetze in nota s. Die L. 14. §. 3. citata stellt nämlich die im Compendio angegebene Regel absolut auf, wie auch der gesunde Verstand gewiß immer sagen wird, es sey einerlei, ob einer Person die Pistole auf die Brust oder auf den Rücken gesetzt wird. Die Worte: „eo sciente" in L. 5. Cod. citata, (welche Manche willkührlich wegstreichen wollen, bloß weil sie in den

---

a) Si metu coactus adii hereditatem: puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

Basiliken fehlen), machen auch durchaus keine Schwierigkeit. In den Rescripten ward nämlich gewöhnlich vor der Entscheidung der Fall mit allen seinen concreten Merkmalen angegeben, ohne daß nun gerade jeder Theil des facti als Entscheidungsgrund galt. In dem Fall der L. 5. citata hatte nun der Contrahent den Zwang auch gekannt, und dieß ward mit angeführt, und gewiß um so lieber, weil nun das Geschäft als noch häßlicher erschien. Allein die Kenntniß des Contrahenten war nicht absolut nöthig, weil nach L. 14. §. 3. citata schon der bloße Zwang des Dritten zur Anfechtungsklage hinreichend war.

Thibaut, logische Auslegung §. 33.

§. 155.

Ad voc. Dem billigen Ermessen kann man rc.

Dieser Satz wird durch die Gesetze in nota c ganz klar bestärkt. Indeß gibt es Manche, welche das Geschäft auch in diesem Falle für nichtig halten, und zwar wegen

L. 35. §. 1. de contrah. emt. (18, 1.) b)
L. 13. L. 15. Cod. eod. (4, 38.) c).

Allein das letzte Gesetz redet nur von der Beiziehung einer dritten Person; das zweite von der Willkühr, und nicht von dem billigen Ermessen, und das erste von einem Fall, wo copulativ, Willkühr und aequitas gestattet war, wo also das eine das andere wieder aufhob.

§. 156.

Ad voc. muß im Zweifel alles ersetzen.

Die Allegate in nota f beweisen klar die Richtigkeit dieser Sätze. Nur

b) Illud constat, inperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum.

c) L. 13. In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est; id circo dominus invitus ex hujusmodi conventione rem propriam vel quilibet alius distrahere non compellitur.

L. 6. pr. de act. emt. vend. (19, 1.) [d])
macht einige Schwierigkeit, insofern man nämlich das Wort agnoverit durch Anerkennen übersetzt. Daher wollen Einige mit

Branchu observationes, dec. 1, cap. 10.
man solle agnosco und adgnosco unterscheiden, und dann jenes (nach der Analogie von amens und aversus) durch nicht wissen übersetzen. Dasselbe Resultat erhält man aber, wenn man mit guten vulgat-Manuscripten ignoraverit liest. Dabei sind aber noch die zwei Beschränkungen zu bemerken, daß das fehlende Maaß nicht gewährt zu werden braucht, entweder wenn es durch ein Uebermaaß anderer Stücke ergänzt wird, oder wenn der Verkäufer in bona fide war, und vor Ausmittlung des Maaßes soviel als fehlt durch Anwachs hinzukommt.

L. 13. §. 14. L. 42. de act. emti (19, 1.)

§. 159.

Ad voc. daß erworbenen Rechten eines Dritten dadurch nicht geschadet werden kann.

Diese Sätze des Compendii sind sehr wichtig. Man nehme den Fall: A verkauft im Jahr 1780 die Sache des B an C. Im Jahr 1781 verkauft sie B an F, und genehmigt darauf 1782 den Verkauf des A. Bliebe man hier nun bei der Regel unbedingt stehen, daß die Ratihabition rückwärts wirkt (Zus. zu §. 139), so folgt daraus der ungereimte Satz, daß hier durch die Ratihabition der dritte F seines juris quaesiti zum Vortheil des C beraubt werden dürfe. Dieß läßt sich aber offenbar nicht annehmen, weil jura quaesita überall heilig zu halten sind, und weil B sein eigenes früheres factum nicht nachher selbst wieder anfechten kann. Soweit aber der Grundsatz, daß jura quaesita unverletzlich sind, keine Ausnahme nothwendig macht, so weit muß man auch bei der allgemein gesetzlichen Regel stehen bleiben, daß die Ratihabition bis auf den Anfang des Geschäftes zurückwirkt. Man setze also den Fall: A verpfändet die Sache

---

d) Tenetur ex emto venditor etiam si agnoverit minorem fundi modum esse.

des B im Jahr 1780 an C. Im Jahr 1789 verpfändet er sie noch einmal an F und im Jahr 1790 genehmigt B beide Verpfändungen. Hier sind nun nicht, wie Manche behaupten, beide Pfandrechte als gleich alt zu betrachten, sondern das des C muß nun als 1780 constituirt behandelt, und so dem Pfandrecht des F vorgezogen werden. Denn bis zur Ratihabition waren beide Pfandrechte ungültig, und so wird hier kein jus quaesitum des F verletzt, wenn man den C als den ältern behandelt. Nachträge zu diesem allem werden noch vorkommen in den Zusätzen zu §. 573. 645.

Ad voc. Im letzten Fall verpflichtet der Vertrag nur den Acceptanten rc.

Was das Compendium hier über diesen Fall gesagt hat, beruht auf folgenden Gründen. Wenn der, dem eine Sache versprochen wird, der Acceptant, weiß, daß ihm eine fremde Sache versprochen ward, so ist er in mala fide, und seine Klage auf Einforderung der Sache beruht auf einer turpitudo, und ist in sofern nach §. 4. unzulässig. Daß er dagegen dem nicht in mala fide befindlichen Promittenten des pretium bezahle, darin liegt an sich nichts Schändliches, und es findet daher eine Klage auf das pretium statt. Da sich hier indeß der Promittent nicht eben auf billige Art bereichern würde, so erlauben die Gesetze dem dolosen Acceptanten, wenn er die Sache nicht bekommen kann, der Klage auf das pretium durch die exceptio non adimpleti contractus (§. 169.) auszuweichen. Weiß dagegen der Promittent der Sache, daß sie eine res aliena war, weiß es aber der Acceptant nicht, so ist jener in sofern in turpitudine, als er fremdes Gut verspricht, nicht aber in sofern, als er von seinem Contrahenten ein pretium bedingt, während dem irrenden Acceptanten gar nicht der Vorwurf einer turpitudo gemacht werden kann. Dieser hat also eine Klage auf die Sache, und der erste eine Klage auf das bedungene pretium.

§. 160.

Ad voc. sofern er nicht dadurch dem Paciscenten dasjenige sichert rc.

Dieser schwierige Satz hängt mit der Lehre von den

correis genau zusammen, und kann daher erst in Zusatz zu §. 226. erörtert werden. Uebrigens hat jetzt den ganzen Inhalt des §. 160. ausführlich commentirt

Bucher, das Recht der Forderungen, 2te Aufl. Leipzig 1830. §. 16—23.

§. 161.

Ad voc. ope exceptionis.

Genauere Erläuterungen über dieß ope exceptionis können erst in Zusatz zu §. 167. gegeben werden.

§. 162.

Ad voc. sondern nur eine Einrede entspringt.

Es gibt Mehrere, die der Meinung sind, der Prätor habe nicht aus allen unbestätigten pactis, sondern nur aus pactis remissoriis eine Einrede gestattet, weil der Titel de pactis (2, 14.) in die Pandecten nur mit Rücksicht auf die Lehre von den Mitteln, wodurch Prozesse abgewandt werden, eingeschaltet sey, und weil man nur durch pacta remissoria Klagen und Prozesse abwende. Allein man muß diese Idee verwerfen; denn die Rubrik des Titels de pactis ist ganz allgemein, und es ist ja bekannt genug, wie oft die Verfasser der Pandecten bloß beiläufig eine weit umfassende Materie mitnehmen, ja sogar bei Gelegenheit der Procuratoren die ganze Lehre von der infamia juris. Außerdem sind nun auch die in nota u citirten Gesetze so klar, wie möglich, für den allgemeinen Satz des Compendiums, und dazu kommt noch, daß ja die Pandecten überhaupt, nach Zusatz zu §. 9., aus jeder obligatio naturalis dem Besitzer eine exceptio gestatteten.

§. 163.

Ad voc. contractus.

Man hat sich oft viel Mühe gegeben, ein inneres materielles Merkmal der Contracte aufzufinden, um sie dadurch von den klagbaren pactis zu unterscheiden. Die Mehresten sagten: contractus sey ein negotium, cui caussa civilis subest. Frug man nun weiter, was denn caussa civilis sey, so war die Antwort, es sey dasjenige, was einen Vertrag zum klagbaren Contract mache, also z. B.

bei einem Verbalcontract, die ausgesprochene Formel, bei den Realcontracten, die wirkliche Leistung u. s. w. Allein alle diese Bemühungen, von Contracten etwas mehr anzugeben, als das im Compendio aufgestellte historische Merkmal, sind durchaus vergebens; denn die Consensualcontracte werden gerade eben so durch nudus consensus obligatorisch, als manche pacta legitima; haben also mit den letzten eine gleichartige caussa, und der Unterschied liegt nur darin, daß die Consensualcontracte die Bestätigung älterer, und die pacta legitima die Bestätigung neuerer Civilgesetze für sich haben, welches alles sich auch leicht erklären läßt, da die Römer gewöhnlich dem alten Institute ihre alten Namen ließen, und die später eingeführten stets mit neuen Namen belegten, auch wenn die Wirkungen gleich waren, wie die Lehre von heres und bonorum possessor, so wie die Lehre von der usucapio und praescriptio zeigt. Tabellarisch dargestellt, war nun das System der Römer dieses.

Alle Verträge sind entweder:

I. unbestätigt. Dann bewirken sie als pacta nuda nach §. 162. 914 — 934. nur eine exceptio.

II. Bestätigt. Diese sind entweder:

1) Contractus, d. h. durch das alte Civilrecht bestätigt. Diese Contracte haben folgende vier Arten:

A. Contractus verbales durch eine ausgesprochene mündliche Formel. Dahin gehört mancipatio und stipulatio, welche letzte im justinianeischen Recht allein übrig geblieben ist, welche aber das Compendium übergeht, weil die römischen Formulargeschäfte bei uns wegfallen, und weil wir jeden einfachen Vertrag schon an sich für klagbar halten.

B) Contractus literales, worüber gleich in Zusatz zu §. 164. mehr zu sagen ist.

C) Contractus reales, welche gleich mit der Leistung beginnen. Diese sind nun wieder entweder:

a) nominati (§. 164.) Dahin gehört:

aa) mutuum (§. 886.)
bb) commodatum (§. 888.)
cc) depositum (§. 891.)
dd) pignus (§. 640.)

b) innominati. Die hauptsächlichsten sind: permutatio, contractus suffragii, aestimatorius, und nach der Meinung Vieler auch das praecarium (§. 895 — 898.).

D) Contractus consensuales, welche schon durch einfache Zustimmung vollgültig werden. Deren gibt es vier, nämlich:

a) emtio venditio (§. 854.)
b) locatio conductio (§. 859.)
c) mandatum (§. 865.)
d) societas (§. 878.).

2) Pacta legitima, welche durch das neuere Civilrecht bestätiget wurden. Dahin gehören:

A) Ehe= und Dotalverträge, in sofern sie nach neuerem Civilrecht ohne Form klagbar sind.

B) Die Schenkung (§. 902.).

C) Das receptum der Schiedsrichter, welches nur durch einfache Verträge vorbereitet wird (§. 932.).

D) Die emphyteusis (§. 629.)

3) Pacta praetoria. Dahin gehört:
A) das constitutum (§. 166. 938. 954.)
B) das pactum hypothecae (§. 640.)
C) das receptum der Gastwirthe und Schiffer (§. 911.).

4. Pacta adjecta (§. 167.).

§. 164.

Ad voc. enthält ein sehr ꝛc.

Wenn man analogisch von den andern Contracten schliessen will, so kann contractus literalis kein anderer seyn, als ein solcher, welcher nach Principien des alten Civilrechts dadurch klagbar ward, daß man ihn auf eine gewisse Art in eine Scriptur brachte. Etwas der Art existirte nun auch früher, obgleich man hier über manche Nebenpuncte nicht einig ist. Allein längst vor Justinian kam dieser Literalcontract außer Gebrauch, und so läßt ihn denn Justinian in den Institutionen auf sich beruhen, erwähnt aber statt dessen etwas, was unter den neuern Kaisern aufkam, nämlich daß Urkunden eine gewisse Zeit hindurch nichts beweisen, nachher aber so plene, daß nicht einmal ein Gegenbeweis der nicht erfolgten Zahlung dawider geführt werden kann, welches alles bei

§. 899. noch näher zu erörtern ist. Diese obligatio ex literis ist nun aber offenbar keine obligatio ex contractu literali, auch wenn man davon absehen will, daß diese neuen Principien nicht alt civilistisch sind. Denn zu einem Literalcontract gehört doch ein Vertrag, und hier muß der Aussteller der Handschrift, welcher nichts empfing, nach der gesetzten Zeit zahlen, obgleich er gar nicht contrahirt hat. Manche sagen zwar, das Gesetz präsumire hier ein stattgehabtes mutuum, allein dann entspringt doch die Zahlungspflicht eigentlich nicht ex literis, sondern aus dem präsumirten mutuo, also aus einem contractu reali.

§. 165.

Ad voc. **Das Gegebene schlechthin der Sinnesänderung wegen (ob poenitentiam) zurückfodern.**

Die ältere Lehre unserer Juristen war immer, daß bei den ungenannten Realcontracten der Gläubiger die Wahl hatte, ob er den Empfänger durch die actio praescriptis verbis auf Erfüllung belangen, oder ob er pönitiren, und das Gegebene durch die condictio caussa data caussa non secuta zurückfodern wollte. Gegen diese Idee hat sich nun

Gans nota q. cit.

lebhaft erklärt, indem er sagt: das jus poenitendi existire bei den Innominatcontracten auf allen Fall nicht als generisches Merkmal, weil es sich bei den mit einem facere beginnenden Verträgen an sich nicht denken lasse. Aber auch bei dem do, ut des und do, ut facias müsse es geläugnet werden; denn in diesen Verträgen liege ja schon an sich ein pactum, und schon aus einem nudo pacto habe der Besitzer eine exceptio. Zwar habe man sich bisher berufen

1) auf

L. 3. §. 2. 3. de condict. causs. data (12. 4.) [e]).

---

e) Lex 3. §. 2. Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas: si non facis, possum condicere: aut si me poeniteat, condicere possum. — §. 3. Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas: si nondum tempus praeteriit inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat; quod si praeteriit, condici poterit. Sed, si Stichus decesserit: an repeti, quod datum est,

Allein diese Stelle gehe nur auf den eigenen Fall, worüber noch

L. 1. L. 3. L. 4. qui sine manumiss. (40, 8.) [f])

L. 2. L. 4. Cod. si mancip. (4, 57.) [g])

von Marc Aurel verordnet sey: wenn Jemand einen Sclaven erwerbe unter der Bedingung, er solle denselben manumittiren, so werde der Sclave nach der gesetzten Zeit ipso jure frei, wenn der Geber des Sclaven nicht vorher pönitirt habe. Dieß lasse sich nun erklären, weil der, welcher manumittiren solle, häufig dabei nicht interessirt sey, und weil das Geschäft häufig nur ein Mandat, das Geld aber nur zur Bestreitung der Kosten oder zur Entschädigung gegeben sey. Daher entscheide denn auch Julian, welcher vor Marc Aurel lebte, und dessen Vorschrift nicht kannte, ganz allgemein in

L. 19. pr. in fine de reb. cred. (12, 1.) [h]),

daß der Gläubiger eines solchen Sclaven keine Rückforderungsklage habe. Eben so sey es

---

possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: si minus, cessare.

f) Lex 1. Si servus venditus est, ut intra certum tempus manumitteretur: etiam si sine herede decessissent et venditor et emtor, servo libertas competit, et hoc Divus Marcus rescripsit. Sed etsi mutaverit venditor voluntatem, nihilominus libertas competit. — Lex 3. Eum, qui ita venit, ut intra tempus manumitteretur; cum dies praestandae libertatis venerit, vivente venditore, et perseverante in eadem voluntate; perinde haberi, ac si ab eo, a quo debuit manumitti, manumissus esset; mortuo autem venditore, non esse heredum ejus voluntatem explorandam, Divus Marcus cum filio suo rescripsit. — Lex 4. Ei, qui hac lege emtus sit, ut a vivo emtore manumittatur, statim mortuo eo competit libertas.

g) Lex 2. Si ea lege Crestes servum suum sed naturalem filium venundedit, ut emtor eum manumitteret: quamvis non est manumissus, ex constitutione divorum Marci et Commodi ad Ausidium Victorinum liber est. — Lex 4. Si is, qui pretium prote acceperat, ut statuto tempore te libertate donaret, moram repromissae libertati praestitit: ex eo tempore te liberam esse effectam manifestum est, ex quo, cum posset dari libertas, non est praestita: et ideo ex te natos, ingenuos videri procreatos, non incertae opinionis est.

h) Veluti si Titio decem dedero, ut Stichum intra calendas manumitteret; ante calendas nullam actionem habeo; post calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.

2) falsch, wenn man bisher für den alten Satz die
L. 5. pr. de condict. caussa data (12, 4.)
anführte. Denn in dem Fall des Gesetzes concurrirte mit der condictio ein Mandat, welches letzte nach §. 991. das Eigene habe, daß es an sich widerruflich sey.

Gegen diese neue Theorie bemerke man nun Folgendes: das jus poenitendi, wie es das Compendium erklärt, hat man immer nur angenommen und annehmen können, wo es möglich ist, also nicht da, wo der Vertrag mit einem facere begann. Dann ist es gar nicht unjuristisch, wenn man annimmt, was leicht angenommen werden kann, nämlich, daß die Hauptidee über ungenannte Realcontracte sich ausgebildet hatte, bevor durch das Edict die Regel angenommen war, daß aus einem pacto nudo eine exceptio entspringe. Denn wie oft ist es nicht der Fall, daß die Römer über Einzelnheiten alte receptas sententias beibehielten, welche nicht würden entstanden seyn, wenn man gleich anfangs die neuern Grundprincipien gehabt hätte? Was nun noch die obigen Einwendungen von Gans betrifft, so bemerke man:

Ad 1. Die in
L. 5. §. 2. 3. de condict. causs. data (12, 4.)
ob poenitentiam gestattete Rückforderungsklage kann aus Marc Aurels erwähnter Verordnung durchaus nicht erklärt werden. Diese ging nämlich auf den Verkauf, wobei als einem genannten Consensualcontract die Rückforderung ob poenitentiam an sich etwas verkehrtes gewesen wäre. Das Pönitiren wird in derselben auch nur als Gegensatz des Freiwerdens ipso jure erwähnt. Weit einfacher ist es also, wenn man das Pönitiren nicht auf das Rückfordern des Sclaven, sondern auf dessen Freiwerden bezieht, wobei sich alles leicht begreift. Man setze: A verkauft an B den Sclaven X unter der Nebenberedung, B solle den X nach 10 Jahren manumittiren. Hier hatte nun X als Nichtpaciscent nach 10 Jahren eigentlich, vermöge §. 160., keine Klage auf Freilassung, aber wegen der Treulosigkeit des B und wegen des großen favor libertatis, konnte hier das Gesetz jenes Freiwerden ipso jure eintreten lassen. Hatte indeß A vor der gesetzten Zeit dem B die Manumissionspflicht wieder

erlassen, so konnte X nicht über Unrecht klagen, so wenig als B über Verletzung, indem es ja immer in der Gewalt des B blieb, proprio nomine den X freizulassen. Damit ist denn auch

L. 19. pr. in fine (12, 1.)

leicht vereinigt. Sie redet nämlich bloß von der actio, welche die Römer als Klage auf Erfüllung in der Regel immer von der condictio auf Rückgabe unterscheiden, z. B.

L. 5. §. 2. L. 7. pr. praescript. verb. (19, 5.).

Man muß dieß um so mehr annehmen, da sonst Julians Aeußerung für die Pandecten zu einer offenbaren Antinomie führen würde.

Was nun noch

Ad 2. die

L. 5. pr. de cond. caussa data (12, 4.)

betrifft, so ist sie offenbar für die bisherige Ansicht. Denn dem Empfänger war etwas zu seinem Vortheil gegeben, und so konnte hier nach

L. 13. §. 1. praescript. verb. (19, 5.)

von einer Einmischung der Grundsätze über Mandate gar nicht die Rede seyn, weil gerade die Unentgeldlichkeit zur Natur des Mandats gehört.

§. 166.

Ad voc. constitutum.

Die Römer haben oft Gewicht darauf gelegt, wenn Jemand eine vorhandene Obligation noch einmal bestärke, und so einen deliberatus animus beweise, wegen dessen man nun gegen ihn eine Klage gestatten könne. Diese Idee findet sich bei den alten Literalcontracten, bei der Intercession der Weiber (§. 947. Nro. H), und so auch bei dem prätorischen constituto. Anfangs lautet das Edict nur dahin: es solle eine actio de pecunia constituta gegen den stattfinden, welcher die vorhandene Schuld übernehme. Nur bei Argentarien nahm man die Sache allgemeiner, und Justinian dehnte zuletzt die Grundsätze des Edicts für alle Bürger auf alle Arten der Sachen aus. Uebrigens ist es falsch, wenn Manche das constitutum so definiren: est geminatum pactum. Denn man kann

auch Schulden constituiren, welche nicht ex pacto, sondern ex delicto entstanden; auch gehört zum constituto, daß das constituirende Versprechen in Beziehung auf die vorhandene Verbindlichkeit geschah. Sagt also z. B. A am 1. Mai zu X: ich schenke dir meinen Sclaven B, und spricht er dieselben Worte am 4. Mai aus, so ist dieß zwar ein geminatum pactum, aber noch kein constitutum. Damit das letzte herauskomme, muß bei dem zweiten Vertrage der erste beziehungsweise erwähnt werden; also hätte es so heißen müssen: den Sclaven, den ich dir vor vier Tagen schenkte, schenke ich dir heute noch einmal.

§. 167.

Ad voc. ipso jure vernichtende Einrede.

Daß das einem stricti juris negotio hinzugefügte pactum keine Klage erzeugte (ex parte actoris non inerat), sondern nur eine Einrede, ist ganz ausgemacht. Allein ward dadurch die Stipulationsobligation, wenn es auf deren Aufhebung ging, ipso jure oder nur ope exceptionis vernichtet? Dieß ist eine berühmte Streitfrage, welche wieder zusammenhängt mit einer berühmten lex damnata, nämlich

L. lecta 40. de reb. cred. (12, 1.)

daher hier sowohl über den Hauptsatz, als das eben citirte Fragment dieß zu bemerken ist:

1. Der Ausdruck ipso jure und ope exceptionis kommt unendlich oft vor, aber nicht immer in gleichem Sinn, wie durch eine ganze Masse von Belegstellen gezeigt hat

Hummel, über die Art, Verbindlichkeiten aufzuheben. Gießen 1804.

Zuweilen heißt ipso jure das, was sich von selbst versteht, oder was von selbst eintritt; gewöhnlich aber das, was nach gut civilistischen Grundsätzen als streng rechtlich gelten kann. Im letzten Sinn heißt dann ipso jure sublatum bei Obligationen, wenn ein Rechtsverhältniß nach völlig juristischen Grundsätzen aufgehoben ist; ope exceptionis sublatum aber, wenn man der neueren Billigkeit eine Tilgungskraft gegen das strenge Recht beilegt. Der Hauptunterschied war früher, daß der judex das ipso jure selbst berücksichtigen durfte, das ope excep-

tionis aber nur, wenn es ihm die Instruction des Prätors erlaubt hatte, welches sich wohl begreift, weil der gewöhnliche Bürger das eigentlich mathematische Recht leicht faßt, während man ihm nicht anvertrauen kann, zu entscheiden, wie weit man der bloßen Billigkeit gegen das Recht Einwirkung gestatten soll. Zu Justinian's Zeiten, wo in der Regel keine judices mehr bestellt wurden, fielen nun alle practischen Wirkungen jenes Unterschieds weg. Allein auch schon früher scheint dieß der Fall gewesen zu seyn, da bereits Paulus in

L. 112. de reg. jur. (50, 17.) i)

absolut sagt, es sey kein Unterschied zwischen beiden Fällen, welches sich auch wieder begreift, da zu der Zeit des Paulus aus den zugelassenen Fällen des ope exceptionis ein klares jus receptum geworden war, welches nun auch der gewöhnliche judex kennen konnte.

2) Daß ursprünglich bei stricti juris negotiis das bloße pactum adjectum kein modus tollendi ipso jure war, hat nach

L. 35. de reg. jur. (50, 17.) k)

alles für sich, und Spuren davon finden sich auch noch in

§. 3. I. de verb. oblig. (3, 16.)
L. 4. de servit. (8, 1.).

Allein seit den Zeiten des Paulus ward doch das Gegentheil angenommen. Dieß ergibt sich schon aus

L. 4. §. ult. de pact. (2, 14.)
L. 1. §. 3. L. 41. §. 1. de verb. obligat. (45, 1.)

vorzüglich aber aus der erwähnten lex lecta, wobei es zwar mancherlei Varianten gibt, welche aber auf die Hauptsache keinen Einfluß haben. Der Fall des Gesetzes ist dieser: A leiht von B 15000 fl., welche ihm de domo des B (d. h. aus dessen Privatcasse und nicht durch Anweisung auf eine mensa argentaria) ausgezahlt werden, und verspricht Rückzahlung des ganzen Capitals am

---

i) Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.

k) Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

1. Mai, sonst aber Verzugszinsen von 12 Procent. Dieser Stipulation wird sofort das pactum adjectum hinzugefügt: A soll von Monat zu Monat auf das Capital nur 300 fl. abtragen. Hier entstand nun in Papinians Gerichtssaal die Frage: Soll A ungeachtet des pacti das ganze Capital, soweit es rückständig bleibt, verzinsen? Dabei ließen sich zwei Ansichten denken; die eine: er verzinst nur die Monatsratas, welche er gegen das pactum schuldig bleibt, aber nicht den Rest des Capitals, den er nach dem pacto nicht zu zahlen braucht, in Ansehung dessen er also jetzt eben wegen des pacti nicht als debitor morosus angesehen werden kann. Bei der andern Ansicht ließe sich so raisonniren: A hat nun einmal Zinsen des ganzen Capitals versprochen, wenn er es am 1. Mai nicht zurückzahle. Das pactum bezog sich nur auf Zahlung des Capitals, nicht aber auf das frühere Zinsversprechen; wer aber Zinsen versprach, der muß sie zahlen, bloß weil er sie versprochen hat. — Die erste Ansicht nahm Paulus an, die zweite aber ward von andern Assessoren gebilligt. Allein gegen diese replicirt Paulus in den Worten: sed cum sortis bis peti non potest, er bleibe bei seiner Idee, da hier von usuris *morae* die Rede sey, welche nie ohne mora stattfinden könnten, wobei er in den letzten Worten: sed si quantitatem etc., hinzufügt: dagegen habe er freilich nichts, daß absolut versprochene Zinsen ebenso gefordert werden könnten, wie die Früchte bei einer conditio resolutiva, womit er denn in seiner lakonischen Art andeutet, das Princip der Gegner sey wahr, aber hier passe es nicht, weil man usuras morae ohne mora nicht annehmen könne. Dabei kommt denn auch von dem ipso jure und ope exceptionis beiläufig Einiges vor, ohne daß jedoch darin gerade der Entscheidungsgrund gesetzt ward, wie es überhaupt bei juristischen Discussionen der Fall zu seyn pflegt, daß sich die Herrn beißen und jede Kleinigkeit aufmutzen. Paulus hatte nämlich erklärt, das streitige pactum sey Theil der stipulatio. Die altcivilistischen Herrn hielten sich darüber auf, und meinten, es könne hier nur von einem ope exceptionis die Rede seyn. Allein Paulus replicirte: seine Meinung sey nun jetzt einmal in praxi an-

genommen, und darauf ward nichts weiter erwiedert, woraus man wieder sieht, daß zu der Zeit des Paulus das ope exceptionis practisch eben so viel wirkte, als das ipso jure.

§. 169.

Ad voc. exceptio non adimpleti contractus.

In Betreff der exceptio non adimpleti contractus sind die Gesetze zweideutig darüber, ob der Umstand, daß der Contract erfüllt sey, ad fundandam actionem gehöre, die Klage also angebrachter Maaßen zu verwerfen sey, wenn darin über die geschehene Leistung des Klägers geschwiegen ist, oder ob der Richter die Klage annehmen, communiciren, und die exceptio non adimpleti contractus des Beklagten abwarten müsse. Das Letzte hat die Praxis mehrentheils angenommen, und dieß hat jetzt auch vertheidigt

Heerwarth in dem nota f citirten Archiv,

weil diese Einrede eine wahre exceptio sey. Allein offenbar enthält sie nichts als den Vorwurf, daß der Kläger den Grund der Klage nicht vollständig angegeben habe, daher auch nach der richtigen Meinung dem Kläger der Beweis obliegt, daß der Vertrag von seiner Seite erfüllt sey.

Lang, über die Einrede des nichterfüllten Contracts, Regensburg 1829.

Irrig ist es auch, wenn Heerwarth behauptet, die exceptio non rite adimpleti contractus brauche der Beklagte nicht zu beweisen, sofern versprochene Eigenschaften fehlen. Denn nahm er die Leistung an, so kann er sich ja mit nichts schützen, als der exceptio erroris, und wer aus diesem Grunde etwas verlangt, der muß ja nach §. 28. stets seinen Irrthum beweisen.

§. 170.

Ad voc. unilaterales.

In vielen unserer Compendien ist so gesagt: Alle Contracte sind entweder

I. bilaterales, wenn beide Theile durch den Contract verflichtet werden. Diese sind nun wieder doppelt:

1) aequales, wenn beide Theile gleich anfangs verpflichtet werden, wie z. B. beim Kauf, oder

2) inaequales, wenn zunächst nur ein Theil verpflichtet wird, der andere aber nachher zufällig verpflichtet werden kann, wie z. B. bei dem commodato zunächst nur der Empfänger der Sache zum gehörigen Gebrauch und zur Rückgabe verpflichtet wird, der Geber aber auch zufällig nachher verpflichtet werden kann, z. B. wenn der Empfänger impensas necessarias auf die Sache machte.

II. Unilaterales, wobei gleich anfangs nur ein Theil verpflichtet ist, und auch der andere Theil nachher nicht zufällig ex contractu verflichtet werden kann. Als Beispiel eines solchen Unilateralcontracts nennt man gewöhnlich das mutuum (§. 886.). Allein es ist augenscheinlich, daß auch bei dem mutuo der Geber per accidens verpflichtet werden kann, z. B. wenn er culpose vergiftetes Mehl zum mutuo gab, wodurch der Empfänger in Schaden kommt. Hier würde es nun offenbar eine Entschädigungsklage wider den Darleiher geben. Weil indeß solche Fälle selten vorkommen, so wurde hier die Entschädigungsklage nicht nach dem Contract genannt, sondern man mußte sich bloß der allgemeinen Aquilischen Klage auf Schadensersatz bedienen, wie dieß selbst

Höpfner §. 769.

im Widerstreit mit seinen eigenen Hauptbegriffen zugegeben hat. Bei ungenannten Contracten kommt auch etwas ganz Aehnliches vor

L. 1. §. 1. de rer. permut. (19, 4.) [1]).

§. 175.

Ad voc. das Empfangene hingegen braucht er nicht zu restituiren.

Dieser wichtige Punkt ist leider sehr bestritten. Im römischen Recht findet sich darüber kein allgemeiner Titel,

---

1) Unde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur: in factum dandam actionem, respondetur.

sondern die hieher gehörigen Erörterungen kommen nur beiläufig vor in der Lehre von ungenannten Contracten, woraus denn Manche verkehrt allgemeine Regeln gebildet haben. Um diesen Fehler zu vermeiden, erinnere man sich nur daran, daß man bei ungenannten Contracten das Gegebene aus einem doppelten Grunde zurückfordern konnte, nämlich

1) ex capite poenitentiae, der bloßen Reue wegen, wie in dem Zusatz zu §. 165. gezeigt ist. Hier war schon die willkührliche Reue zur Rückforderungsklage hinreichend; doch fiel die letzte weg, wenn der Andere gegengeleistet hatte, oder wenn von ihm soviel aufgewandt war, um den Vertrag zu erfüllen, als er erhalten hatte.

L. 3. §. 3. L. 5. pr. §. 3. 4. de cond. caussa data (12, 4.).

Bloß zu Gunsten der dos und beigelegter Prozesse ward eine Ausnahme zugelassen

L. 3. pr. L. 8. eod.

Dem ist auch nicht widerstreitend

L. 5. §. 1. praescript. verb. (19, 5.).

Denn sie redet von der *ad implendum* gehenden actio praescriptis verbis (§. 165.), wobei natürlich der Gegner durch die Einrede der Schuldlosigkeit befreit werden muß.

2) Man konnte aber auch bei ungenannten Contracten aus einem Grunde zurückfordern, der bei allen Contracten galt, nämlich ob causam non secutam, d. h. weil der Gegner nicht geleistet habe. Hiezu gehörte aber, daß der Gegner ungehorsam nicht erfüllen wollte, oder ob culpam nicht erfüllen konnte. Deutlich ergibt sich dieß aus

L. 3. §. 3. L. 5. pr. §. 3. 4. de cond. caussa data (12, 4.),

und vergebens hat man dawider angeführt

L. 8. L. 10. Cod. eod. (4, 5.)[m]).

Denn diese sind völlig unbestimmte Rescripte, und entscheiden in sofern nichts gegen die ganz bestimmten

---

m) Lex 8. Creditoris falso procuratori solventi, adversus eum indebiti repetitio, non obligationis liberatio competit.

Aeusserungen der Pandecten. Zwar haben die Gegner dawider angeführt

L. ult. de cond. caussa data (12, 4.);

allein diese spricht, verglichen mit den obigen Gesetzen, bloß von ungenannten Contracten und der dabei aus singulairem Grunde gestatteten Pönitenzklage. Zwar berufen sich die Gegner auch noch auf

L. 15. §. 6. L. 19. §. 6. locati (19, 2.) [n]).

Allein da das Miethgeld erst nach vollendetem Gebrauch bezahlt zu werden braucht, so sprechen diese Fragmente von Pränumerationen, und können daher nur zu der Limitation führen, die das Compendium in Betreff der Pränumerationen gemacht hat.

Da nun aber jetzt die Principien über ungenannte Contracte ganz wegfallen (§. 168.), und da nach §. 995. bei genannten Contracten nur ad implendum geklagt werden kann, so muß man sagen: Es gibt in der Regel keine repetitio, wenn nicht der Empfänger aus Trotz die Gegenleistung verweigert, oder sich dazu durch seine eigene culpa unfähig gemacht hat. Alle obigen Ideen sind nun auch vertheidigt von

Waechter, de condictione caussa data. Tubingae 1822. pag. 36 — 83. 110 — 128.

---

n) L. 15. §. 6. Item cum quidam, nave amissa, vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur: rescriptum est ab Antonino Augusto: non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit, quod in omnibus personis similiter observandum est. — Lex 19. §. 6. Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumta sit: pensionem residui temporis, rectissime Mela scripsit, ex conducto actione repetiturum: non quasi indebitum condicturum; non enim per errorem dedit, plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret, aliter atque, si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit, hic enim, si per errorem solvit dum putat se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam condictionem; nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit, multum interest.

Ad voc. Ist aber 2) jenes nicht der Fall.

In Rücksicht der hier unter 2) A. B. aufgestellten Sätze pflegt man in unsern Compendien diese Regeln aufzustellen: Bei der obligatio faciendi schadet der casus dem, in dessen Person er sich ereignet, und bei der obligatio dandi dem, welchem die Sache gegeben werden sollte. Diese Regeln sind aber durchaus schief, und auch nie so angewandt, wie sie lauten. — Man nehme

1) bei der obligatio faciendi diese Fälle: A verspricht dem B unentgeldlich Unterricht, und X vermiethet seine Dienste an Z. Hierauf werden A und X krank. Bliebe man hier bei der obigen Regel, so müßte A an B den Werth des Unterrichts, und X an Z den Werth der Dienste geben, und umgekehrt könnte Z von seiner Seite den Lohn nicht fordern. Allein dieß ist durchaus nicht der Fall. Nach den Gesetzen wird A durch den casus ganz befreit, er leistet den Unterricht nicht, hat für das Unterlassen nichts zu bezahlen, und so hat hier B im Grunde den Schaden. Im 2ten Falle dagegen kann zwar X den Lohn nicht fordern, aber ist auch nicht schuldig, die Dienste zu leisten, oder eine Vergütung dafür zu bezahlen; folglich wird hier der casus sowohl dem X als Z schädlich.

2) Bei der obligatio dandi nehme man den Fall: A verkauft an B eine Sache, die dem C verpfändet ist, und woran D einen Nießbrauch hat, und zwar ist die Verkaufsbedingung dahin gestellt, daß der Verkäufer erst nach 10 Jahren die Sache tradiren sollte. So lange nun die Sache nicht an B tradirt ist, hat A auch noch Rechte daran, nämlich das Eigenthum. Geht nun die Sache vor der Tradition zu Grunde, so würde, wenn die obige Regel wahr wäre, der B alle verlierenden Theile entschädigen müssen, also den A wegen des aufgehobenen temporären Eigenthums, den C wegen des verlorenen Pfandrechts ꝛc. Allein dieß ist gegen die Gesetze, wonach hier jeder seine ihm an der Sache zustehenden Rechte verliert, nämlich A das Eigenthum, B das Recht, die Sache zu fordern, C das Pfandrecht, D den Nießbrauch.

Ad voc. und der Acceptant hat das periculum deteriorationis und interitus zu tragen.

Die Auctorität von Cujac, welcher zuweilen auch

seine unbewachten Stunden hatte, hat Manche verführt, diesen Satz zu läugnen, obgleich die Gesetze in nota x ganz klar dafür sind. Die Hauptgründe der Gegner sind diese:

1) Es sey ja Regel: casum sentit dominus; vor der Tradition sey aber der Veräusserer der Sache noch Eigenthümer derselben. Allein die Gesetze in nota x machen ja gerade die Beschränkung, daß nach einem vollständig abgeschlossenen Handel derjenige den casus zu tragen habe, dem die Sache versprochen ward.

2) Sodann stützen sich die Gegner auf

L. 33. locati (19, 2.).

Aber auch dieß Gesetz sagt nichts gegen das Compendium, da es bloß von Confiscationen redet, wobei der, dessen Sachen confiscirt werden, immer die Präsumtion gegen sich hat, daß er das Unglück verschuldet habe.

3) Endlich stützen sich die Gegner noch auf

L. 12. 13. 14. de pericul. (18, 6.) [o]),

wo wirklich, obgleich dieß

Glück 17. Bd. S. 143 — 147.

halb läugnet, durch die negativen Gegensätze ausgedrückt ist, daß der Verkäufer das periculum trage, wenn der Käufer nicht in mora oder culpa sey, und die Sache durch ein damnum injuria datum oder ein furtum verloren gehe.

Da indeß die Gesetze sonst noch immer hinterher die Limitation machen, daß auch in solchen Fällen der Verkäufer von der Verantwortlichkeit frei werde, wenn er seine Schuldlosigkeit beweise, so ist diese Beschränkung auch hier am natürlichsten vorauszusetzen. Auf allen Fall kann man die

---

o) Lex 12. Lectos emtos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit, si traditi essent emtori, aut per eum stetisset, quo minus traderentur, emtoris periculum esse placet. — Lex 13. Eumque cum aedili, si id non jure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae, aut certe cum venditore ex emto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret. — Lex 14. Quod si neque traditi essent, neque emtor in mora fuisset quo minus traderentur: venditoris periculum erit.

L. 12. 13. 14. citatae

nicht über das furtum und damnum injuria datum hinaus erstrecken, weil beide bei den Römern auf ganz eigene Art behandelt werden, wie erst in Zusatz zu §. 251. genauer entwickelt werden kann.

Ad voc. Bei dem Verkauf ist das Besondere.

Unsere Praxis hat das, was das Compendium hier sagt, gleichfalls immer als etwas Besonderes des Kaufs angesehen, was freilich nicht civilistisch construirt werden kann, aber doch wohl begreiflich ist, weil die Römer auch sonst den Kauf auf eine eigene Weise behandeln (z. B. §. 1045. nota x). Dennoch ist

Wächter nota a cit.

für eine Ausdehnung dessen, was die Römer hier über den Verkauf sagen, auf alle andern Verträge, weil die Römer gewöhnlich die Generalia ad vocem emtio vortrugen, und weil aus dem casuellen Untergange der Sache nur folge, daß sie der Acceptant nicht fordern könne, keineswegs aber, daß er seine Gegenleistung, welche ihm möglich sey, nicht zu prästiren habe. Allein die letzte Argumentation postulirt gerade das, was in Frage steht, und ist höchst bedenklich, da nach nota t und a die Gesetze allgemein bei obligationibus faciendi, so wie bei der Miethe und Pachtung, das Einklagen der Gegenleistung verwerfen, und da nach dem zweiten Zusatz zu §. 159. sogar der Arglistige die exceptio non adimpleti contractus hat, wenn ihm eine unmögliche Leistung nicht prästirt wird.

Ad voc. als ein an sich ungültiges oder der Berichtigung Dritter unterworfenes Geschäft zu betrachten.

Der Handel, den die Römer venditio ad gustum nennen, kommt bei uns vor unter dem Ausdruck: Handel auf Besicht. Genau ist darüber gehandelt in

Cropp u. Heisse juristische Abhandlungen 1. Bd. Nro. 12.

ganz nach den Principien des Compendiums, welches hier und im §. 121. den Kauf ad gustum als einen sub

conditione suspensiva geschlossenen Vertrag behandelt, aber doch dem Käufer erlaubt, nach Willkühr sich von dem Object loszusagen, weil Niemand in Geschmackssachen einen fremden Richter anzuerkennen braucht, was freilich

Schöman nota l cit.

nicht begreifen konnte, obgleich er auch wohl seinen eigenen Geschmack hat. Etwas ganz anderes ist der sogenannte Handel auf die Probe, wenn Jemand Etwas nach einer ihm überlieferten Probe pure kauft, wo natürlich alles davon abhängt, ob die Probe mit dem Hauptobject ganz übereinstimmt.

Cropp l. c. Nro. 15.

§. 178.

Ad voc. evincirt.

Gewöhnlich pflegt man die evictio so zu definiren: est ablatio rei per judicem, d. h. sie findet statt, wenn demjenigen, dem eine Sache übertragen ist, dieselbe durch einen richterlichen Urtheilspruch aberkannt, und dem gemäß aus seinem Besitz genommen wird. Allein dieser Begriff ist zu eng; denn evincere heißt im Allgemeinen nichts, als richterliche Aberkennung, und so kann es auch eine evictio zum Nachtheil eines Klägers geben, z. B. A verkauft dem B ein Landgut nebst einer demselben angeblich adhärirenden Realservitut auf dem Land des C. Der C läugnet nachher diese Servitut, und B belangt ihn deßwegen actione confessoria (§. 625.), verliert aber den Prozeß. Hier ist nun gegen B eine evictio ausgesprochen — aber keineswegs eine ablatio rei vorhanden. Ein ähnlicher Fall einer evictio ante traditionem kommt vor in

L. 16. §. 2. h. t. (21, 2.).

Uebrigens gebrauchen die Römer den Ausdruck evictio eigentlich nur da, wenn Jemand durch einen gegen ihn selbst direct gerichteten Prozeß ein ihm übertragenes Recht verliert, nicht aber, wenn dieß indirect geschieht, also z. B. nicht in dem Fall, wenn A eine Sache an B verpachtet, C die Sache von A vindicirt, A den Prozeß verliert, und dadurch nach den Principien des §. 494.

das Recht des B indirect erlischt. Allein in solchen Fällen kann doch der Verletzte gegen seinen Auctor eben die Entschädigungsforderung machen, welche er gehabt hätte, wenn ihm selbst das Recht aberkannt wäre,

L. 9. pr. locati (19, 2.),

und so hat das Compendium, der Vereinfachung wegen, das Wort evictio auf jede directe und indirecte Aberkennung gezogen.

§. 179.

Ad voc. nicht aber wegen Entwährung der letzten.

Das Compendium hat hier folgende Gründe: Die Pflicht der Evictionsleistung beruht darauf, daß der Auctor leisten muß, was er angelobt hat. Gibt nun z. B. A dem B für das Zurücktreten von einer Klage eine Sache, so muß A sein Wort realisiren. Wird also die Sache dem B evincirt, so muß A den Schaden ersetzen. Bekommt hingegen X Etwas von Z, damit er dem Z eine Sache lasse, so ist X nach dem Vertrage zu nichts weiter gehalten, als daß er den Z nicht angreife; keineswegs aber braucht er dafür einzustehen, daß der dritte O auch den Z in Friede lasse. Greift nun O den Z an, und siegt er, so besteht dennoch der Vergleich zwischen X und Z, und Z kann daher wegen der Eviction des O von X nichts zurückfordern. So muß die reine Vernunft sprechen, so steht es auch in

L. 33. Cod. de transact. (2, 4.).

Gerade die umgekehrte Idee hat aber Napoleon bei den Discussionen seines Gesetzbuchs zu Art. 2044 — 2058., nämlich, daß bei der durch O bewirkten Eviction der Vergleich zwischen X und Z nichtig werde. Daher hat denn

Gönner nota k cit.

die Idee des Kaisers als etwas ganz Vortreffliches zu rechtfertigen gesucht, nämlich aus dem Grunde, es könne ja Z zu X sagen: Ich würde dir nie etwas gegeben haben, wenn ich gewußt hätte, daß mir der O die Sache entreissen werde. Allein Gönner hat nicht bedacht, daß der bloße Irrthum in Beweggründen weder nach römischem noch nach französischem Recht ein error essentialis

ist. Die Redactoren des Code waren klüger. Um den gefährlichen Kaiser nicht zu erbittern, strichen sie nämlich ihr gut gefaßtes Project, setzten aber nichts Neues nach den Ideen des Kaisers, und so erfolgte, was vorherzusehen war, nämlich, daß die Praxis sagte: Im Code steht über diesen Punkt nichts, also muß man der Vernunft folgen, und diese ist in

L. 33. Cod. cit.

ausgedrückt, so wie in den Schriften von Pothier, welche den Franzosen fast noch mehr als die Vernunft gelten.

Ad voc. oder als Gläubiger im Concurse.

Wenn die Concursgläubiger eine Sache veräussern, die nachher evincirt wird, so können sie von dem evicto wegen der Eviction aus dem einfachen Grunde nicht belangt werden, weil sie, da der Concurs ihnen nicht das Eigenthum der Masse überträgt (§. 1021.), im Grunde nur Namens des Gemeinschuldners zu ihrer Befriedigung dessen Güter verkaufen, und weil Niemand de evictione haftet, der bloß nomine alieno handelte. Zwar erlaubt

Gmelin nota m cit.,

wenn das Geld noch vorhanden sey, so könne es der Käufer der Concurssache vom curator massae vindiciren. Allein es ist dieß ganz unjuristisch, da der curator massae das Geld nur für die Concursgläubiger, als deren Mandatar, in Empfang nahm. Auch läßt sich hier nach alten Pandectentiteln de evictione gar keine vindicatio herausbringen, weil der, welcher ein dare vornahm, um damit einen Andern zum Eigenthümer zu machen, höchstens nur eine persönliche condictio gegen personas obligatas auf Rückgabe hat, womit denn eo ipso das jus vindicandi in der Regel ganz ausgeschlossen ist.

§. 180.

Ad voc. nicht aber, wenn ein Anderer ein besseres Pfandrecht haben sollte.

Gerade das Umgekehrte des Satzes haben

Mevius und Cocceji nota o cit.

behauptet, nämlich daß der Cedent des Pfandrechts dem

Cessionar dann verantwortlich werde, wenn dem letzten ein vorhergehender Gläubiger das cedirte Pfandrecht durch seinen Vorzug unnütz mache, daß hingegen der Cedent nicht verantwortlich werde, wenn der Gegenstand des cedirten Pfandrechts eine res aliena sey, und nun durch den Einspruch des wahren Eigenthümers dieses Pfandrecht aufgehoben werde. Allein man muß offenbar mit Gmelin l. c. diese Sätze umgekehrt stellen; denn gerade im letzten Fall ist ein ungültiges Pfandrecht (non verum) cedirt, im ersten hingegen ein gültiges, welches nur durch die Concurrenz eines andern unfruchtbar wird (verum, sed non bonum). Nun aber ist es ausgemacht, daß der Cedent im Zweifel de veritate, aber nicht de bonitate nominis hafte. Wenn übrigens der Pfandgläubiger nicht sein Pfandrecht cedirt, sondern zu seiner Befriedigung die Pfandsache verkauft, und nun ein creditor potior dem Käufer die Sache evincirt, so kann der veräußernde Pfandgläubiger wegen der evictio belangt werden, weil er nach §. 667. die Sache nicht veräußern darf, wenn creditores potiores da sind, und weil er hier also nun wegen seiner eigenen culpa haftet.

L. 1. Cod. credit. evict. (8, 46.)

§. 181.

Ad voc. nach der Meinung Vieler verantwortlich.

Daß der, welcher etwas in genere verschenkte, wegen der Eviction alsdann hafte, wenn die von ihm aus dem genere gewählte species evincirt wird, hat

Koch nota x cit.

deßwegen behauptet, weil dieser Satz nach §. 759. nota d bei Legaten gelte, und weil in

§. 2. I. de leg. (2, 20.) p)

die Legate eine donatio genannt werde. Allein dieser Schluß ist sehr gewagt; denn daß Donationen als Legate behandelt werden sollen, sagen die Institutionen durchaus nicht. Die Gesetze am Ende der nota x sagen aber absolut, der Schenker hafte nicht de evictione, ohne

p) Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta ab herede praestanda.

daß sie zwischen einer donatio speciei und generis irgend unterscheiden. Wirklich ist es auch ganz unnatürlich, wenn man hier von Legaten auf Schenkungen einen analogischen Schluß macht. Denn bei den letzten ist der Geber wegen gar keiner culpa verantwortlich, weil man ihm Delicatesse schuldig ist (§. 254.), also auch dann, wenn er durch ungeschickte Wahl aus einem genere eine res aliena gab. Ganz anders ist der Fall bei Legaten. Hier hat es nämlich der Legatar nicht mit dem verstorbenen Schenker selbst zu thun, sondern mit dem onerato, dem er keine Complimente schuldig ist, und daher ausgemacht wegen der culpa haftet, also auch, wenn er etwas wählt oder zur Wahl ausstellt, was nicht gewählt werden durfte. Für die Meinung von Koch hat sich indeß

Schweppe nota x cit.

wieder erklärt, indem er die Gesetze, die unbedingt sagen, der Schenker hafte nicht de evictione, ganz umgeht, für seine Theorie sich auf

L. 46. de leg. I. (30.) q)

beruft, und das obige Raisonnement des Verfassers des Compendiums, in reinem deutsch, für ganz sinnlos erklärt, da hier nicht von einer Schonung die Rede sey, sondern davon, daß auch der Schenker sein Wort halten müsse. Allein er übersieht bei diesem derben Einwande Etwas, wovon man sagen möchte, es ist sonnenklar. Gerade das ist es nämlich, daß der Schenker, weil ihm der Beschenkte Dankbarkeit schuldig ist, sein Wort nicht genau ebenso zu halten braucht, wie andere Leute, wenn ihn die pünctliche Erfüllung in einen unerwarteten Schaden bringen würde. So steht nach allgemeinen Grundsätzen von Verträgen, der Promittent einer species für die Eviction ein, weil er sein Wort halten muß, aber der Schenker nicht, wie Schweppe selbst zugibt. Nach allgemeinen Grundsätzen verantwortet ferner der Promittent seine mora und culpa, weil er sein Wort halten muß, aber der Schenker kann nach §. 254.

---

q) Quae de legato dicta sunt: eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dari promiserit.

bloß ob dolum belangt werden; ferner, jeder Schuldner muß ganz bezahlen, aber der Schenker hat nach §. 107. 108. das beneficium competentiae mit großen Nebenvortheilen. Diese humane römische Ansicht paßt nun aber auch auf die donatio generis. Man nehme den Fall: A schenkt dem B in genere ein gutes Reitpferd, kauft ein solches, und tradirt es. Wird nachher dem B das Pferd evincirt, und besteht B darauf, daß A ein anderes Pferd geben, oder das Interesse prästiren müsse, so leidet A einen positiven Schaden, und das ist es eben, was die Gesetze nicht wollen, daher auch

L. 62. de aedilit. edict. (21, 1.)

den Schenker unbedingt wegen heimlicher Mängel freispricht. Nur die

L. 46. de legat. I. (30.)

kann mit Schein für die Kochische Meinung angeführt werden. Da indeß mehrere Gesetze den Schenker unbedingt wegen der Eviction freisprechen, und dieß ganz dem Geist des römischen Rechts über Dankbarkeit gemäß ist, so muß man versuchen, die L. 46. citata zu entfernen, und dieß kann leicht geschehen, man mag nun dabei an ein negotium onerosum denken, oder an ein gratuitum. Thut man das erste, so läßt sich leicht annehmen, daß man hier wegen der strengen Principien über Stipulationen, als eines stricti juris negotii, die Sache ganz buchstäblich nahm, wie man es auch sonst that.

L. 24. §. 1. de contrah. emt. (18, 1.)
L. 91. pr. de verb. obl. (25, 1.).

Bezieht man aber die L. 46. cit., wie es am natürlichsten ist, auf Liberalität, so kann der Grund der Entscheidung bloß in dem Worte dare gelegen haben, welches Wort die Römer sehr spitz nahmen, und als den Ausdruck behandelten, wodurch man ganz und gar unbedingt die Eigenthums-Uebertragung angelobe.

§. 14. 15. I. de act. (4, 6.)
L. 25. de liberat. leg. (34, 3.)
L. 75. §. 10. de verb. oblig. (45, 1.),

§. 182.

Ad voc. wegen unbekannt gebliebener Real-Servituten.

Die Gesetze in nota c sagen auf's Bestimmteste, daß der Veräußerer eines Guts, wenn er nicht sich durch dolus oder ein besonderes Versprechen verantwortlich machte, wegen der auf dem Gute haftenden Real-Servituten nicht in Anspruch genommen werden könne, quia tacite solent accedere. Die Sache läßt sich auch ganz leicht erklären; denn auf das Gewöhnliche muß jeder Erwerber einer Sache rechnen, und in der Regel wird man finden, daß nachbarliche Landgüter activ und passiv durch Real-Servituten mit einander in Verbindung stehen. Dieser einfache Gedanke ist aber vielfach übersehen, und so hat man hier oft die Vorschrift der Gesetze durch Fictionen und willkührliche Critik zu entfernen gesucht, und daneben auch noch durch Berufung auf

L. 61. de aedil. edicto (21, 1.) r)

L. 15. §. 1. L. 34. §. 2. de evict. (21, 2.) s),

welche aber gar nicht hieher gehören; denn sie entscheiden nur, was der Auctor bezahlen muß, wenn er wegen der Real-Servituten belangt werden kann, aber keineswegs sagen sie, daß er immer deßwegen belangt werden könne. Sie sind also nur auf den Fall zu beziehen, wenn er belangt werden kann, und dieß findet nach den übrigen Gesetzen nur dann statt, wenn er in dolo war, also auch den Gegner wissentlich irren ließ, oder wenn er sich wegen der Real-Servituten durch ein besonderes Versprechen verantwortlich machte. Gerade so ist ja auch die Sache aus gleichem Grunde bei öffentlichen gewöhnlichen Grundsteuern.

§. 184.

Ad voc. Nach erfolgter Entwährung.

Um alles, was das Compendium in §. 183. 184.

---

r) Quotiens de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si scisset hanc servitutem impositam.

s) Si ususfructus evincatur: pro bonitate fructuum, aestimatio facienda est.

über die Leistungen des Auctors gesagt hat, recht genau zu übersehen, unterscheide man so:

I. Der Auctor versprach Evictionsleistung, und wird aus diesem Versprechen belangt. Ist dann alles ganz genau bestimmt, so bleibt es natürlich dabei; versprach er dagegen, wie es bei den Römern gewöhnlich war, durch Stipulation das Einfache oder Doppelte, so unterscheide man:

1) die ganze Sache wird evincirt. Dann erhält der evictus das bedungene simplum oder duplum, ohne Rücksicht, ob die Sache verschlimmert oder verbessert ist, und es wird mithin alles auf die Lage zur Zeit des Kaufs bezogen.

L. 64. pr. h. t. (21, 2.)

2) Ein Theil wird evincirt. Ist dann:

A) die stipulatio nicht mit auf die Theile gerichtet, so kann er nach §. 183. nota h nichts fordern. Man begreift dieß leicht, da die Römer ihre stipulatio stets auf's Engste interpretirten

L. 91. pr. de verb. obl. (44, 1.);

daher man hier der willkührlichen Distinctionen im

Arch. für civ. Prax. Bd. 7. S. 212.

nicht bedarf. Doch ließe sich jetzt das Gegentheil behaupten, in sofern wir unsere Verträge stets nach Billigkeit nehmen, und sonst überall die natürliche Regel gilt: quod de toto valet, valet etiam de parte pro rata.

B) Ward die stipulatio auf die Theile gerichtet, so darf der evictus

a) die vor der Eviction durch Zufall verlornen Theile nicht in Anschlag bringen.

L. 64. pr. §. 1. 2. eod. t)

---

t) L. 64. §. 1. Quod si modo terrae integro, qui fuerat traditus, ducenta jugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit: perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille jugeribus, quae tradita sunt, fuissent evicta: quia alluvionis periculum non praestat venditor. — §. 2. Quaesitum est: si, mille jugeribus traditis, perissent ducenta; mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset; ac postea pro indiviso quinta

b) eben so wenig das, was nach dem Verkauf durch zufällige alluvio zu dem fundo hinzukam. Dieß sagt für den Fall der stipulatio duplae ganz klar

L. 64. §. 1. 2. eod.

während in

L. 15. 16. eod. u)

wegen der alluvio und anderer Accessionen allgemeine Vergütung versprochen wird. Dieser scheinbare Widerstreit hat denn allerlei Künsteleien veranlaßt.

Westphal, vom Kauf §. 269.

Die natürlichste Erklärung hat gewiß

Cabot nota h cit.,

indem er sagt: wenn der Käufer sich nicht auf das Versprechen der dupla beruft, so kommt die alluvio nicht in Betracht, wohl aber, wenn er aus der Natur des Contracts klagt. Für diese Idee entscheidet nicht allein, daß L. 64. §. 1. 2. cit. nach der Einleitung wirklich von dem Fall der stipulatio duplae handelt, sondern auch, daß L. 16. citata namentlich sagt, man müsse wegen der Accessionen *ex emto*, also ex natura negotii klagen, und endlich, daß man, wie aus dem gleich Folgenden erhellen wird, bei der Klage ex emto sein volles Interesse nach dem Zustande des Objects, wie es zur Zeit der Eviction beschaffen war, fordern kann. Es kommen hier also:

c) nur die wirklich vom Auctor übertragenen und wirklich evincirten Theile in Betracht. Für diese erhält der Käufer Vergütung; jedoch nur nach dem Werthe, den

pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur, dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur, evictionis nomine: sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta, nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi.

u) L. 15. Sed si quid postea alluvione accessit: tempus, quo accedit, inspiciendum. — L. 16. Evicta re vendita, ex emto erit agendum de eo, quod accessit, quemadmodum, ea, quae emto fundo nominatim accesserunt, si evicta sint, simplum praestatur.

die Sache zur Zeit des Verkaufs hatte. Auf diesen Fall muß man mit Westphal §. 332. die

L. 13. h. t. (21, 2.) x)

beziehen, und keineswegs daraus eine Regel machen, auch für den Fall:

II. wenn der Käufer aus der Natur des Contracts klagt. Denn in diesem Falle kann er Vergütung des ganzen Schadens fordern, den er zur Zeit der Eviction durch diese leidet. Die Gesetze in nota m sagen dieß auf's Bestimmteste, ohne zu unterscheiden, ob der Verkäufer in culpa war oder nicht; daher es ganz verkehrt ist, wenn Manche hier doch einen solchen Unterschied machen wollen. Nur in dem einen Fall braucht der, dessen Sache veräußert ward, das Interesse nicht zu prästiren, nämlich wenn er sich die Veräußerung eines Andern mußte gefallen lassen, z. B. wenn der exequirende Richter die Sache versteigerte.

L. 74. §. 1. de evict. (21, 2.).

Ad voc. alle Verwendungen ꝛc.

Dieser Satz des Compendii hat

Brauer, Erläuterungen des Code Napoléon Bd. 3. S. 619—629.

in Ansehung der zierenden Verwendungen (§. 266.) für problematisch erklärt, theils weil nach §. 465. der Ehemann wegen solcher Verwendungen auf die dos keine Vergütung fordern könne, theils wegen der Worte: ut melior fieret in

L. 9. Cod. de evict. (8, 45.),

welche nach

L. 5. §. 3. de impens. (25, 1.) y)

nur auf die impensas utiles gingen. Allein nach

L. 43. 45. de act. emti (19, 1.)

---

x) Bonitatis aestimationem faciendam, cum pars evincitur, Proculus recte putabat, quae fuisset venditionis tempore, non cum evinceretur.

y) Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est, dotem.

muß ihm ja der Verkäufer alle nicht ganz exorbitanten impensas erstatten, welche er gegen den Evincenten nicht retten konnte, und dieß sind gerade im Ganzen nach §. 569. nur die impensae voluptuariae. Die Analogie vom Ehemann paßt hier gar nicht; denn er weiß ja, daß die dos fremdes Gut ist, und so mag er sich vorsehen. Ebenso ist L. 9. Cod. citata hier ohne alles Gewicht, da man aus ihr durchaus nicht sieht, von welchem Fall sie redet; daher man sie nur auf Fälle beziehen kann, worauf sie nach den bekannten Principien der Pandecten anwendbar ist.

§. 186.

Ad voc. im petitorischen Proceß ꝛc.

Die Meinungen sind getheilt darüber, ob schon eine Regreßklage ob evictionem stattfinde, wenn der Erwerber der Sache bloß wegen eines in possessorio (§. 512.) erfolgten Urtheils den Besitz der Sache nicht bekommen oder behalten konnte. Viele behandeln dieß schon als evictio. Allein mit Recht sagen Andere: das possessorium ist nur ein provisorium, und wer in possessorio verliert, der kann noch immer in petitorio gewinnen. Aus dem Verlust in possessorio folgt also nun, daß es an der traditio fehlt, und wo dem Käufer nichts weiter fehlt, da muß er den Verkäufer dahin belangen, daß er sich die Sache verschaffe und überliefere. Für diese Idee ist auch

L. 55. de act. emti (19, 1.) z)

wo es heißt, die Aberkennung in possessorio berechtige noch nicht zu einer Klage de evictione, aber der Käufer habe die actio ex emto. Nun aber ist es ja nach §. 165. Regel, daß bei genannten Contracten im Zweifel nur ad implendum, also ad tradendum geklagt werden kann. Verliert übrigens der Käufer durch seine eigene Schuld den

z) Si quis fundum emerit, quasi per eum fundum eundi agendi jus non esset, et interdicto de itinere actuque victus sit: ex emto habebit actionem, licet enim stipulatio de evictione non committatur, quia non est de jure servitutis in rem actione pronuntiatum: tamen dicendum est, ex emto actionem competere.

Besitz, so kann er natürlich deßwegen den Verkäufer gar nicht belangen.

§. 187.

Ad voc. exceptio rei venditae et traditae.

Ueber diese Einrede haben wir jetzt ganz neue Ideen, wodurch dieselbe recht elegant bloß mit dem dominio bonitario in Verbindung gebracht wird, worüber erst im Zusatz zu §. 566. das Nöthige gesagt werden kann.

§. 188.

Ad voc. Das Recht auf Gewährleistung.

In den Gesetzen wird die litis denunciatio nur in Betreff der Eviction gefordert. Manche nehmen sie zwar allgemein da als Pflicht an, wo Jemand belangt ist, der im Fall des Unterliegens seinen Regreß gegen einen Andern nehmen kann, z. B. wenn der Bürge von dem Hauptschuldner belangt wird. Allein es existirt dafür kein einziges Gesetz. Sehr vorzüglich hat jetzt die falsche Idee widerlegt

Dunze, im Arch. für civ. Prax. 10. Bd. 3. Hft. Nro. 16.

Ad voc. Doch wird kein Auctor zu diesem Beistande gezwungen.

Es ist jetzt allgemein angenommen, daß der Auctor, wenn er der litis denunciatio keine Folge leistet, nicht zum Beistande gezwungen werden kann, und daß also die auf die litis denunciatio folgende Ladung des Auctors nur eine monitorische ist. Ein bestimmtes Gesetz haben wir zwar nicht dafür; allein was will man anfangen, wenn der Auctor sagt: ich will nun einmal nicht kommen? Zwar hat jetzt

Mühlenbruch, Civilprozeß S. 103.

als leges obstantes angeführt

L. 10. §. 12. in fin. mandati (17, 1.) [a])

---

a) Generaliter Julianus ait, si fidejussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit: si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem: quod, si eam, qua reus uti potuit, si sciens id fecit, non habiturum

L. 62. §. 1. L. 74. §. 2. de evict. (21, 2.) [b])
Allein das debet und convenire, wovon hier geredet wird, kann auch recht wohl darauf bezogen werden, daß der Auctor, wenn er nicht kommt, nun den Schaden bezahlen muß, und daß er zum Beistande aufgefordert werden kann.

Gesterding, Nachforschungen Bd. 2. S. 430—436.

§. 189.

Ad voc. nicht einmal das von ihm Gegebene zurückfordern darf.

Zur Erklärung dieses höchst wichtigen Punctes unterscheide man diese Fälle:

1) Das pactum de non praestanda evictione ist, wie man es zu nennen pflegt, speciale, d. h. der Verkäufer bedingt sich bestimmt, daß er im Fall der Eviction auch nicht einmal das erhaltene pretium zurückzugeben braucht. Dann muß es natürlich bei dem Vertrage bleiben, und es ist offenbar eine sinnlose Paradoxie von Faber l. c., wenn er das Gegentheil behauptet, welcher Idee schon die allgemeinen Principien über Renunciationen (§. 74.) zuwider sind, so wie

L. 8. §. 1. de contrah. emt. (18, 1.)
L. 10 — 12. de hered. vel act. (18, 4.).

2) Das pactum de non praestanda evictione war nur, wie man es nennt, generale, d. h. der Verkäufer läßt sich bloß allgemein vom Käufer versprechen, daß dieser ihn nicht wegen der Eviction in Anspruch nehmen solle, oder er bedingt sich unbestimmt, daß er wegen der Eviction nicht zu haften habe. Daß er dann im Fall der Eviction nicht auf das Interesse belangt werden kann, ist gewiß. Allein muß er dem Kläger nicht wenigstens den erhaltenen Preis zurückgeben? Schon früh verneinten

---

mandati actionem, si modo habuit facultatem rei conveniendi, desiderandique, ut ipse susciperet potius judicium vel suo, vel procuratorio nomine.

b) L. 74. §. 2. Mota quaestione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest.

Manche das Letzte; aber die gewöhnliche Meinung der Practiker war dafür, daß hier doch das empfangene pretium zurückgegeben werden müsse, welche Meinung auch mit Eifer vertheidigte

Hert, de pacto ne praestatur evictio, Giesen 1705.

Hierauf trat J. H. Böhmer nota p citatus mit aller Kraft gegen die gemeine Meinung auf. Hierauf schrieben Alef und Richter nota p citati gegen Böhmer, aber dessen Sohn Georg Ludwig Böhmer l. c. nahm sich wieder seines Vaters lebhaft an. Endlich erschien, wahrscheinlich aus Alef's Feder, die citirte Dissertation von J. F. Müller gegen die beiden Böhmer, die mit großem Geräusch in der Heidelberger Aula vertheidigt ward, und wie der Titel sagt, unter dem Praesidio der Mutter Maria und des heiligen Taddäus, aber so voll von Chikanen und Animositäten ist, daß Niemand Lust hatte, darauf zu antworten.

Was nun die Sache selbst betrifft, so hat Böhmer's Theorie schon alle allgemeinen Grundsätze für sich. Denn ein solches pactum generale sagt ja gerade, daß, wenn die Eviction erfolge, der Verkäufer deßwegen nicht belangt werden dürfe, und die Rückforderung des pretii ob evictionem ist ja gerade eine actio de evictione. Die Frage ist also nur, ob das hier einschlagende specielle Hauptgesetz, nämlich

L. 11. §. 18. de act. emti vend. (19, 1.)

Böhmer's Theorie entgegenstehe. Um diese Frage zu entscheiden, bemerke man nun, daß Ulpian erst von den Worten: qui habere bis digestorum scribit seine eigene Meinung angibt, darauf von den Worten: etiamsi aperte venditor bis praestare necesse habebit die Idee von Julian vorträgt, und dann am Ende von sed et in supra scriptis conventionibus wieder seine eigenen Gedanken angibt. Nach Böhmer's richtiger Erklärung ist nun der Inhalt des Fragments dieser: zuerst sagt Ulpian, wer sich bedingt, wegen der Eviction nicht zu haften, der kann auch wegen der Eviction gar nicht belangt werden. Zwar, fährt Ulpian fort, gestattete hier Julian im Zweifel die repetitio pretii; allein, schließt er, man muß das Gegentheil behaupten (contra erit dicendum),

ausgenommen, wenn der Verkäufer in dolo war. Alef dagegen meint, Ulpian pflichte dem Julian bei; Julian habe nämlich das pactum generale und speciale unterschieden. Bei dem letzten habe er zwar keine repetitio gestattet, wohl aber bei dem ersten. Nun fahre Ulpian fort: in dem ersten Fall des pacti generalis findet also nicht, wie in dem letzten des specialis das statt, daß der Käufer das pretium nicht repetiren kann (in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum). Allein diese Erklärung ist durchaus irrig. Denn

a) wäre es unbegreiflich, wie Ulpian mit dem widerlegenden sed bloß Julians Idee wiederholen konnte.

b) Nach Alef's Idee widerspräche sich Ulpian selbst. Denn im Anfange des Fragments gestattet er bei dem pacto generali im Fall der Eviction nicht die actio emti gegen den Verkäufer, und nach

L. 11. §. 16. eod.

geht gerade diese Klage in der Hauptsache auf die repetitio pretii.

c) Noch klarer wird dieß durch Ulpian's Nachsatz, daß nur im Fall des doli die actio emti zulässig sey, wodurch sie also für die andern Fälle von Ulpian verworfen wird.

Ad voc. **wenn er wissentlich eine fremde Sache auf sich übertragen ließ.**

Dieser Satz ist von

Hert, de pacto ne praestatur evictio sect. 1. §. 6.

geläugnet, und zwar wegen

L. 3. §. 3. 4. Cod. comm. de legat. (6, 43.).

Allein dieser Idee kann man entgegensetzen die ganz klaren Allegate in nota q, so wie das aus der Wissenschaft von selbst folgende habeas tibi. Auch stehen L. 3. §. 3. 4. cit. dem Compendium nicht entgegen, da sie nur sagen: wer ein Recht hat an B eine Sache zu verkaufen, der muß die Sache zurückgeben, wenn sein Recht durch die Resolutivbedingung aufgelöst wird, welches natürlich

ist, weil hier der ganze Handel als bedingt geschlossen zu betrachten ist.

J. H. Böhmer dissert. cit. §. 22.

Selbst

Alef, dissert. cit. §. 27.

widerspricht hier der Theorie von Hert, aber aus dem falschen Grunde, weil der, welcher wissentlich eine res aliena kaufe, in dolo sey. Denn nur im Verhältniß zum dritten Eigenthümer, aber nicht im Verhältniß zum Verkäufer, kann man ihm einen dolus beimessen, und doch soll er, seiner Wissenschaft wegen, also ob renunciationem, das pretium nicht zurückfordern können.

G. L. Böhmer, dissert. cit. §. 21.

Diese Bestimmung bestätigt also wiederum die Grundsätze des vorigen Zusatzes.

§. 191.

Ad voc. außer wenn der Verkäufer ihn arglistig irren ließ.

Dieser Satz wird von Vielen angenommen, weil der dolus doch immer ärger sey, als die culpa lata. Zur Unterstützung dieser Idee dienen auch die Gesetze in nota m, welche darüber ganz klar sind. Manche sind indeß der Meinung: jeder offenbare Fehler schade dem Käufer, auch wenn ihn der Verkäufer irren ließ, und zwar wegen

L. 54. h. t. (21, 1.) c).

Allein hier sind nur die Folgen der culpa an sich erwähnt, aber es ist dabei nicht von einem concurrirenden dolus des Verkäufers die Rede. Für die richtige Ansicht hat sich auch wieder erklärt

Gesterding, Nachforschungen 3. Bd. S. 429—434.

§. 192.

Ad voc. so hängt es von der Willkühr des Käufers ab.

Früher war es ein fast allgemeiner Irrthum, den be-

c) Actioni redhibitoriae non est locus, si mancipium bonis conditionibus emtum, fugerit, quod ante non fugerat.

sonders Stryk nota z citatus weitläuftig zu rechtfertigen suchte, und welcher sich auch in viele deutsche Statute einschlich, daß die redhibitorische Klage nur dann angestellt werden könne, wenn der Fehler ein sogenannter Hauptfehler sey, d. h. wenn er die Sache überhaupt für Jedermann unbrauchbar mache, z. B. wenn ein Pferd stätig, staarblind oder buchlahm sey, daß hingegen ein anderer, selbst bedeutender Fehler, nur zur Anstellung der actio quanti minoris berechtige, z. B. wenn ein Pferd ein Krippenbeißer, oder schulöhrig sey, oder die Zunge schießen lasse; auf welcher Art Pferden wenigstens der fromme Stryk das Reiten für convenabel hält. Allein diese ganze Theorie ist offenbar falsch, da die Gesetze, welche mit Recht den Geschmack des Einen dem Andern nicht aufdringen, nach nota r alles der Wahl des Käufers überlassen. Zwar beruft sich Stryk auf

L. 1. §. 8. L. 43. §. 6. h. t. (21, 1.),

aber ganz verkehrt. Die erste Stelle spricht nämlich bloß davon, daß der Käufer nichts verlangen kann, wenn der Fehler in einer bloßen Bagatelle besteht, und das zweite Fragment enthält bloß den eigenen Fall, daß der Käufer einen Kniff machte, das ganze pretium mit der actio quanti minoris zurückforderte, und nun doch die Sache behalten wollte, wo ihm denn natürlich das officium judicis den dolus abschneiden müßte.

Ueber manche Eigenheiten deutscher Statute in dieser Lehre ist jetzt besonders gehandelt in

Cropp und Heiße, juristische Abhandlungen 1. Bd. Nro. 11.

§. 193.

Ad voc. Gesellschaft von Sclavenhändlern.

Manche nehmen das, was hier beschränkt in Betreff der Sclavenhändler gesagt ist, ganz allgemein, weil das Edict nur durch die Schlechtigkeit jener Leute veranlaßt sey, aber nun doch eine Regel für alle Verkäufer aufgestellt habe. Allein es läßt sich dieß nicht rechtfertigen; denn nach den Gesetzen in nota e soll die Solidarpflicht nur eintreten, wenn die Verkäufer correi sind, und das Edict setzt nur bei dem Sclavenverkauf durch Sclavenhändler

die Correalpflicht als Regel, wobei der Jurist nicht sagt, daß eine Regel für andere dadurch veranlaßt sey, sondern nur, daß die Regel in Betreff der Sclavenhändler die Schlechtigkeit der Sclavenhändler zum Grunde habe.

§. 195.

Ad voc. und nützlichen Auslagen.

Es gibt Manche, welche behaupten, der Verkäufer brauche dem Käufer nur die impensas necessarias (§. 266.) zu vergüten, und zwar wegen

L. 27. h. t. (21, 1.).

Allein diese Theorie beruht auf Vernachlässigung einer sehr wichtigen Unterscheidung. Der Käufer kann nämlich zweierlei Arten der Verwendungen gemacht haben, und zwar expensas in Beziehung auf das Geschäft, und impensas in Beziehung auf die Sache. Die ersten braucht der Verkäufer nur in sofern zu vergüten, als sie nothwendig waren; denn waren sie es nicht, so waren sie unnütz, und so lassen sich hier expensae utiles gar nicht denken. Er muß also z. B. dem Käufer die Contractskosten, und das von demselben bezahlte herkömmliche Schlüssel- und Halftergeld restituiren, nicht aber was der Käufer aus sogenannter Spendirlichkeit freiwillig verschenkte. Davon spricht nun

L. 27. h. t. (21, 1.).

Allein ganz anders verhält es sich mit den impensis in rem. Durch diese wird der Verkäufer nach der Redhibition reicher, auch wenn sie utiles sind, und der Käufer kann um so mehr Vergütung derselben verlangen, da schon jeder bonae fidei possessor bei der rei vindicatio zu einer solchen Forderung befugt ist, und da

L. 29. §. 3. eod.

über die impensas ganz allgemein spricht.

§. 197.

Ad voc. sowohl von Seiten des Käufers, als Verkäufers, sondern auch bei andern zweiseitigen Geschäften.

Die Praxis hat immer angenommen, daß bei aller negotiis onerosis jeder Contrahent, welcher enormiter lä-

dirt war, eine rescissorische Klage habe. Schon früh erklärte sich Cujac gegen diese Idee, indem er sagte, das Hauptgesetz nämlich

L. 2. Cod. de rescind. vend. (4, 44) [d])

nehme sich nur des enormiter lädirten Verkäufers an, und davon könne man nicht auf den Käufer schließen, weil das Gesetz vielleicht von der Idee ausgegangen sey, daß man im gemeinen Leben oft aus Noth zu wohlfeil verkauft, während nicht leicht der Fall eintreten würde, daß Jemand aus Noth zu theuer kaufe. Bei andern Geschäften lasse sich noch weniger an einen präsumirten psychologischen Zwang denken, und gegen die Rescission der Pachtung ob laesionem enormem spreche auch bestimmt

L. 23. locati (19, 2.) [e]).

Allein die Theorie der Praxis hat doch bedeutende Gründe für sich; denn L. 2. Cod. citata setzt den Grund ihrer Entscheidung in die humanitas, welches Wort nach L. 8. Cod. citata allgemein die Billigkeit bedeutet, und bei bonae fidei negotiis haben beide Theile auf gleiche Billigkeit Anspruch. Auch sagt

L. 3. Cod. comm. utr. jud. (3, 38.) [f])

ganz allgemein, daß bei allen bonae fidei negotiis dasjenige nicht passiere, quod perperam et inaequaliter factum sey. Es ist dieß auch ganz natürlich; denn dagegen hat Niemand etwas, daß er bei einem Geschäft einen guten Profit gemacht habe, aber Niemand wird sich dessen berühmen mögen, daß er seinen Contrahenten, wie man zu sagen pflegt, über das Ohr gehauen habe. Wie

---

d) Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate judicis intercedente: vel, si emtor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

e) Et ideo praetextu minoris pensionis locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.

f) Majoribus etiam, per fraudem, vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus solet subveniri: quia in bonae fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

weit die Sache kommen müsse, um das letzte sagen zu können, läßt sich freilich a priori nicht bestimmen, und so war es denn recht gut, daß die L. 2. Cod. citata ein solches Maaß festsetzte, indem sie eine laesio ultra duplum verlangte. Die L. 23. citata ist auch in Betreff der Pachtung nicht gegen die Theorie der Praxis; denn auch für den Verkauf ist gesagt, daß man dabei den Käufer lädiren dürfe,

L. 15. Cod. de rescind. vend. (4,44.),

und doch wird für die laesio *enormis* eine Ausnahme gemacht. Daher kann man auch nicht annehmen, was

Löhr nota h oit.

als Anhänger der Cujacischen Theorie behauptet, nämlich daß Constantin, Valentinian und Arcadius zu ihrer Zeit nach

Cod. Theod. Lib. 3. tit. 1. const. 1. 4. 7.

sogar die L. 2. Cod. citata (welche von Diocletian ist), bei dem Verkauf wieder aufgehoben hätten. Denn jene Constitutionen sagen nur unbestimmt, daß eine laesio noch kein Nullitätsgrund sey, wobei man doch recht gut die Idee haben konnte, eine rescissorische Klage über eine laesio enormis nicht ausschließen zu wollen. Dieß sieht man auch klar daraus, daß die zweite jener Constitutionen von Justinian wieder als

L. 15. Cod. de rescind. vend. (4. 44.)

recipirt ward, während er in demselben Titel doch die rescissio ob laesionem enormem ausdrücklich zuläßt. Uebrigens sind die in nota g citirten Pandectenfragmente, welche die Practiker auch für sich anzuführen pflegen, nicht entscheidend für sie. Denn sie können leicht daher erklärt werden, daß bei Societätstheilung bis auf den letzten Heller genau getheilt werden muß, und daß zu Gunsten der Ehe angenommen ist, die Frau dürfe in Ansehung ihrer dos nicht das Geringste einbüßen (§. 479.). Dabei ist es aber auch kein genügender Einwand der Cujacianer gegen die Theorie der Praxis, daß, wenn es eine Rescissionsart ob laesionem enormem in jenem weiten Umfange gegeben hätte, die Pandectisten gewiß davon würden geredet haben. Denn unter den spätern Kai-

fern bildeten sich manche Institute erst recht aus, und Niemand wird behaupten können und mögen, daß in den Pandecten alles zu lesen sey, was in den sämmtlichen Schriften der classischen Juristen gestanden habe.

Ad voc. wenn durch arbitratores.

Die Frage, ob die Bestimmung eines arbitrator (§. 155.) auch nur ob laesionem enormem angefochten werden könne, ist sehr streitig. Manche meinen, es könne hier wegen jeder erweislichen Unbilligkeit Beschwerde geführt werden, und zwar wegen

L. 76—80. pro socio (17, 2.).

Allein der Satz des Compendii hat das Meiste für sich. Denn der arbitrator vertritt die Stelle beider Contrahenten, und wenn diese selbst nach ihrem Gefühl den Preis bestimmten, so könnten sie ja auch nur wegen einer laesio enormis klagen. Haben übrigens die Contrahenten einen Dritten angenommen, um genau nach der Wahrheit auszurechnen, was jeder zu geben habe; so kann natürlich über jeden kleinsten Rechnungsfehler Beschwerde geführt werden, und bloß von einem solchen Fall ist in

L. 76—80. cit.

die Rede.

§. 198.

Ad voc. wobei Urkunden nicht ausgeschlossen sind.

Bei unsern ältern Juristen findet sich oft die Behauptung, daß der Beweis der laesio enormis nur durch Zeugen und Taxatoren geführt werden könne. Allein diese Theorie ist sofort widerlegt, wenn man nur in einem Beispiel zeigt, daß unter Umständen auch ein Beweis durch Urkunden recht gut möglich ist. Dieß ist nun aber sehr leicht, z. B. wenn durch öffentliche Marktzettel bewiesen werden kann, wie die Getreide-Preise in einem gewissen Monat standen, und nun Jemand darüber klagt, daß er gerade in diesem Monat bei dem Getreidekauf enormiter lädirt sey.

Ad voc. Aufhebung des Geschäfts.

Die Richtigkeit dieses Satzes mit Rücksicht auf das

römische Recht, kann nach Zusatz zu §. 84. nicht bezweifelt werden. Allein die Päpste haben gewiß die Ansicht vieler Practiker gehabt, daß der Verletzte alternativ auf Rescission des Geschäfts oder auf Nachzahlung klagen müsse. Denn in den Decretalen der nota q wird ein Urtheil, welches nicht alternativ gefaßt war, eben deßwegen cassirt, und dann eines päpstlichen Urtheils erwähnt, welches alternativ erkannt habe. Man begreift dieß um so leichter, da die Päpste überall einen großen Widerwillen gegen die sogenannten apices juris hatten.

Ad voc. bis zum wahren Werth.

Da die

L. 2. Cod. de rescind. vend. (4, 44)

die Rescission dann wegfallen läßt, wenn das justum pretium gezahlt werde, und da dieser Ausdruck sonst stets den vollen Werth der ganzen Sache bezeichnet, so hat das Compendium hier gewiß recht, und die Praxis hat es auch stets so angenommen. Will man subtil seyn, so könnte man sagen, es brauche dem Verletzten nur so viel nachgezahlt zu werden, als nöthig sey, damit die laesio enormis nicht stattfinde; also z. B. er brauche nur zwei nachzuzahlen, wenn er drei für eine Uhr gab, die zehn werth ist; denn dann habe der Verletzte doch die Hälfte dessen, was er weggab, und so sey die laesio enormis abgewandt. Allein die Gesetze haben nun einmal, wie gesagt, die volle Buße bis zur Zahlung des justi pretii verlangt.

§. 199.

Ad voc. die aus dem Geschäft selbst entspringende Klage.

Man hat viel darüber hin und her gestritten, wie man eigentlich die Klage zu taufen habe, welche wegen einer laesio enormis auf Rescission des Geschäfts angestellt wird. Die Meisten nennen sie condictio ex lege 2. Cod. de rescind. vend. (4, 44.), allein die condictiones ex lege sind ja nach §. 70. nota f nur dann zulässig, wenn man kein anderes Rechtsmittel hat. Nun aber ist es eine ausgemachte Sache, daß alle Klagen nach dem Contract zu nennen sind, dessen Rescission sie bezwecken,

wenn aus der Natur dieses Contracts die rescissorische Klage angestellt werden kann.

L. 11. §. 6. de act. emti (19, 1.)
L. 1. in fin. L. 2. 3. 4. de aed. edicto (21, 1.).

Es ist daher auch eine ganz unjuristische Träumerei, wenn hier Manche von einer imploratio officii judicis, oder gar von einer actio spolii geredet haben.

Ad voc. nicht gegen Dritte.

Der Grund dieser Behauptung ist einfach der, weil die laesio ultra dimidium das Geschäft keineswegs nichtig macht, sondern nur eine actio rescissoria gegen den Lädirenden begründet. Daher gibt es ja auch nach Zusatz zu §. 149. nicht einmal eines doli wegen eine vindicatio gegen dritte Besitzer, und es ist die offenbarste Willkühr, wenn hier Manche eine Klage gegen den dritten Besitzer, wenigstens dann gestatten, wenn er in mala fide sey, oder wenn ihm die Sache geschenkt ward. Kann nun der Verletzte überhaupt keine vindicatio gegen den Dritten anstellen, so folgt auch daraus, daß die vor Rescission des Handels von dem Gegentheil auf die Sache bewilligten dinglichen jura in re aliena, wie Servituten und Pfandrechte, der Rescission ungeachtet, als partielle Veräußerung auf der Sache ruhen bleiben.

Glück Bd. 17. S. 108 — 112.

§. 200.

Ad voc. wohl aber der Fall, wenn er wußte.

Diese Ausnahme beruht auf der gewissen Rechtsregel, daß man stets durch consensus specialis, also auch tacite, seinen Ansprüchen entsagen kann. Manche meinen zwar, die Kenntniß des wahren Werths schade dann nicht, wenn man zum Handel aus Noth bewogen sey, wogegen sich aber wieder einwenden läßt, daß die Noth in der Regel die Freiheit des Willens nicht aufhebt, und daß nach §. 151. ex capite metus nur dann Beschwerde geführt werden kann, wenn ein metus *injuste illatus* stattfand. Gibt man nun aber den Satz zu, daß die Wissenschaft der Läsion von der Klage auf Rescission ausschließt, so muß man um so mehr behaupten, daß die Klage ob lae-

sionem enormem wegfällt, wenn ein Contrahent im voraus derselben speciell entsagt hat. Zwar meinen Viele, die specielle Renunciation sey ohne Effect, wenn der Verletzte den Werth der Sache nicht gekannt habe, weil ihm dann sein Irrthum helfe. Allein bei einer solchen Entsagung wird ja der mögliche Irrthum vorausgesetzt, und nirgend ist eine solche renunciatio in omnem eventum für unwirksam erklärt, vielmehr bestimmt für wirksam, wie die ganze Lehre vom Vergleich zeigt. Die eidliche Bestärkung, wobei die mögliche Läsion nicht erwähnt wird, kann aber nach der richtigen Meinung von der rescissorischen Klage nicht ausschließen, weil hier der präsumirte Irrthum auch den Eid afficirt, und weil nach §. 114. auch zum canonischen Eide judicium gehört.

Ad voc. wofür es jedoch keinen hinlänglichen Grund gibt.

Es gibt Viele, welche behaupten, der Kauf auf einer öffentlichen Auction könne nicht ob laesionem enormem angefochten werden, theils weil eine Auction das beste Mittel sey, den höchsten Preis zu bekommen, theils wegen folgender Gesetze:

L. ult. Cod. si propt. pensit. (4, 46.)
L. 8. Cod. de remiss. pignor. (8, 26.) g)
L. 5. Cod. de fide et jure hastae fisc. (10, 3.).

Allein der erste Grund ist falsch, da ja an öffentlichen Auctionen nicht immer das Publicum Theil nimmt, und da Mangel an Kauflust und Vermögen auch viele Gegenwärtige vom Bieten abhalten kann; daher ja auch gute Kaufleute im steten Verauctioniren ihrer Waaren ihr Heil nicht zu suchen pflegen. Die citirten Gesetze gehören aber gar nicht hieher, denn sie sprechen nicht von der laesio enormis, sondern davon, daß A Eigenthümer wird, wenn der fiscus die Sache des B an A verkauft, und daß dann der B bloß eine persönliche Entschädigungsklage gegen den fiscus hat. Ohnehin ist ja nicht jede öffentliche Auction

g) Si hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium, palam est etiam actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant; nam fiscalis hastae fides facile convelli non debet.

praeside notario eine fiscalische. Nur dann, wenn der Herr der Auction oder dessen Stellvertreter wissentlich die Sache unter dem wahren Werthe fahren läßt, kann man die rescissio ob laesionem enormem verwerfen, aber doch nicht deßwegen, weil die Auction öffentlich ist, sondern weil dann nach dem vorigen Zusatz bei jedem Verkauf der renunciatio wegen dasselbe gilt.

Ad voc. oder F) wenn durch ein richterliches Urtheil unter mehreren Theilen Rechtsverhältnisse bestimmt wurden.

Um diesen Satz gehörig zu verstehen, unterscheide man diese zwei Fälle:

1) Ein richterliches Urtheil ist noch nicht rechtskräftig geworden, kann also noch durch Appellation angefochten werden. Hier kommt es auf das Maaß der Läsion nicht an, weil es ja erlaubt ist, vor eingetretener Rechtskraft sich auch über die kleinsten Mißgriffe des gravirenden Richters zu beschweren.

2) Das Urtheil ist rechtskräftig geworden. Dann kann ob laesionem gar nicht weiter geklagt werden, weil die Rechtskraft eben die Folge hat, daß nach Eintritt derselben über die Irrthümer des Richters nicht weiter Beschwerde geführt werden kann. — Die Erklärung eines hieher gehörigen Hauptgesetzes kann erst im Zusatz zu §. 729. gegeben werden.

§. 201.

Ad voc. selbst unter völlig veränderten Umständen.

In unsern ältern Compendien ist oft das Gegentheil behauptet, nämlich jeder Vertrag sey anzusehen, als ob er unter der Clausel: rebus sic stantibus, geschlossen sey. Allein dieß ist absurd, indem ja nach §. 146. selbst die irrigen Beweggründe nichts wirken, die schon zur Zeit des Contracts existirten. Ein höchst mattes temperamentum ist es, wenn

Müller nota n cit.

behauptet, veränderte Umstände vernichten zwar nicht den Vertrag, wenn man sie solitos und insolitos, wohl aber wenn man sie insolitissimos nennen könne.

Zweite Abtheilung.

Ueber das Aufhören, Erhalten und Wiederherstellen der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 202.

Ad voc. **Allein wir haben die positive Vorschrift.**

Um diese Sätze richtig zu fassen, muß man noch Folgendes bemerken. Wenn Jemand gar nicht verpflichtet ist, so kann er, wenn er etwas aus Irrthum bezahlt hat, condictione indebiti zurückfordern; wo also die Gesetze diese condictio gestatten, da ist es ein sicheres Zeichen, daß die Verbindlichkeit überhaupt aufgehoben sey. Wenn die Gesetze sagen: B soll gegen A nicht klagen, oder der letzte soll der Klage des ersten eine Einrede entgegensetzen können, so ist wirklich dadurch dem B nur die Klage von seinem Recht genommen, und alle übrigen Wirkungen desselben sollten hier bleiben. Also z. B. wenn B in die Lage käme, daß er durch die Einrede der Compensation (§. 997.) sein Recht schützen könnte, so sollte man ihm diese Einrede gestatten. Von diesem, aus Principien der grammatischen Interpretation folgenden Grundsatze weicht aber das römische Recht ab, indem es vorschreibt, daß, wenn zum Vortheil des Schuldners dem Kläger die Klage genommen, oder dem Schuldner zu seinem Besten eine Einrede gestattet sey, z. B. die exceptio doli und pacti de non petendo, alsdann die ganze Schuld als vernichtet angesehen werden soll, und daß dann das aus Irrthum Gezahlte zurückgefordert werden könne. Nur dann tritt also jene strenge Regel ein, wenn nicht zum Besten des Schuldners, sondern aus andern Gründen eine Einrede gestattet ward, wovon die exceptio SCti Macedoniani (§. 376.) ein Beispiel gibt. Indeß ist doch auch der Satz, daß eine dem Schuldner zu seinem Vortheil gegebene Einrede sein ganzes Recht vernichte, nicht absolut anzunehmen, da wir nach den Gesetzen in nota p manche Fälle haben, wo dem Schuldner zwar zu seinem Besten eine Einrede gegeben, aber, wenn er gezahlt hat, keine Rückforderungsklage gestattet wird, z. B. wenn der, der die exceptio beneficii competentiae hat, Zahlung leistet, oder

der Bürge, dem die exceptio excussionis zusteht, oder der, der irrig auf eine fremde Sache Verwendungen machte. Uebrigens hat jetzt

Franke nota s cit.

absolut behauptet, daß im Zweifel durch den Verlust der Klage nur diese, aber nicht das ganze Recht erlösche, und daß das Gegentheil nur zuweilen in einzelnen Fällen angenommen sey. Allein die Regel des Compendii steht als Regel mit klaren Worten in

L. 40. pr. de cond. indeb. (12, 6.)
L. 9. §. 4. ad SC. Maced. (14, 6.).

Dritter Abschnitt.

Ueber das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 210.

Ad voc. auch wenn es den 182sten Tag seiner Existenz erreichen und überleben sollte.

Es gibt Mehrere, welche behaupten, auch einem abortus müsse man Kindesrechte einräumen, wenn er nur lebendig sey, und zwar wegen

L. 12. §. 1. de lib. et posthum. (28, 2.) [h]),

theils weil Justinian in

L. 3. Cod. eod. (6, 29.)

ein ein Lebenszeichen von sich gebendes Kind als Kind passiren lasse, und theils weil die neuere Erfahrung gegeben habe, daß sehr kräftige Kinder das Product einer sehr kurzen Schwangerschaft seyn können. Was den letzten Punkt betrifft, so haben freilich bei uns reiche und vornehme Damen oft ärztliche Atteste über ihre wundersamen Naturkräfte bekommen; allein redliche Aerzte,

---

h) Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen? an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit.

wie Haller, wollen von diesen Wundern nichts wissen, und erklären sie ehrlich als nuptiae ante nuptias. Jene Gesetze sagen nun auch nichts dafür, denn

L. 12. §. 1. cit.

handelt nicht von der Vitalität, sondern davon, daß man einer Verstümmlung ungeachtet ein Mensch seyn könne, und in der L. 3. citata werden auch nicht die Bedingungen der Vitalität untersucht, sondern Justinian entscheidet nur, daß ein Kind lebendig seyn könne, ohne geschrieen zu haben. Die Mittelmeinung von

Glück nota s cit.,

daß man einen partus non vitalis für vitalis halten müsse, wenn man ihn in den 182sten Tag hinüberbringe, ist gewiß verkehrt. Denn die Gesetze fordern, daß das Kind die gedeihliche Existenz im Mutterleibe 182 Tage müsse gehabt haben, weil ihm sonst alle Kunst doch ein längeres Leben nicht verschaffen könne.

§. 211.

Ad voc. 70 Jahre verflossen sind.

Es gibt Manche, welche den Termin des präsumtiven Todes auf 100 Jahre setzen, weil zuweilen 100 Jahre für das höchste Menschenalter erklärt werden.

L. 56. de usufr. (7, 1.)
L. 23. §. 1. Cod. de episc. (1, 3.).

Allein aus diesem möglichen summo folgt noch nicht, daß man es gerade bei Verschollenen präsumiren soll. Nun aber ist es von jeher in praxi angenommen, daß der Tod des Abwesenden (natürlich salva reprobatione) anzunehmen sey, wenn von seiner Geburtsstunde an 70 Jahre verflossen sind, und dabei kann man sich um so mehr beruhigen, da diese Praxis gewiß in sich nicht unvernünftig ist. — Ueber einige hier noch stattfindende kleinere Modificationen soll im Zusatz zu §. 532. noch Einiges nachgetragen werden.

Ad voc. ohne daß es klar ist, wer früher starb.

Diese Grundsätze über commorientes bedürfen noch folgender Erläuterungen:

I. Die Regel ist, daß die, welche in derselben äussern Gefahr gewaltsam umkommen, als simul mortui zu behandeln sind. Daraus folgt also, daß alle Rechte wirklich werden, welche eintreten sollen, wenn keiner der Gestorbenen vor dem Andern starb; daß aber die Rechte nicht eintreten, die von dem frühern Tod des Einen abhängig gemacht sind. Zur Erläuterung dienen am besten gerade die gesetzlichen Fälle. Man nehme daher folgende Beispiele:

1) A gibt dem Mädchen H bei dessen Verheirathung mit Z eine dos, doch bedingt sich A die Rückgabe der dos auf den Fall der Trennung der Ehe. In demselben Schiffbruch ertrinken A und die H. Da die Römer bei der dos das singulaire Princip haben, daß das pactum de reddenda dote nur eine Klage erzeuge, wenn der Geber der dos die Bedingung der Rückforderung erlebe, so haben hier die Erben des A diese Klage nicht, weil es nicht erwiesen ist, daß A die H überlebt habe.

L. 16. pr. §. 1. de reb. dub. (34, 5.).

2) A gibt der X bei ihrer Verheirathung mit Z eine dos, bedingt sich aber deren Rückgabe, wenn die X in matrimonio sterbe. Nun sterben X und Z durch denselben Unglücksfall. Hier kann A die dos zurückfordern; denn nimmt man an, daß X nicht nach Z starb, so starb sie mit ihm in matrimonio.

L. 9. §. 3. eod.

3) Der Mann A macht seiner Frau ein illegales Geschenk (§. 432.), beide ertrinken darauf bei demselben Schiffbruch. Hier können die Erben des A das Geschenk nicht zurückfordern, weil nach dem Gesetz das Geschenk nur revocabel ist, wenn der Beschenkte vor dem Schenker starb.

L. 32. §. 14. de donat. inter vir. (24, 1.)
L. 26. de mortis causs. donat. (39, 6.).

4) Ganz dasselbe gilt nach den eben citirten Fragmenten für Schenkungen auf den Todesfall (§. 907.), da solche Schenkungen bei den Römern stets unter der Formel errichtet wurden: Du sollst dieß haben, wenn ich dich nicht überlebe.

II. Jener Hauptsatz leidet aber manche Ausnahmen oder nähere Bestimmungen, und zwar folgende:

1) Wenn Eltern und Kinder in derselben Gefahr umkommen. Dann werden die Ersten, wie es das Compendium sagt, als praemortui oder postmortui betrachtet, je nachdem das Kind pubes oder impubes war, weil man präsumirt, daß der pubes rüstiger war, als sein parens; hier aber von der Kraft des parens mehr Widerstand vermuthet wird, als von der Zartheit des impubes. Daraus ist denn auch

L. 9. §. 1. de reb. dub. (34, 5.) i)

zu erklären, da impuberes nicht Soldaten seyn können, der Sohn, welcher Kamerad seines Vaters war, ein pubes seyn mußte. Sterben übrigens Vater und Sohn bloß eines bürgerlichen Todes, so gilt jene Präsumtion nicht.

L. 11. §. 1. de capt. (49, 15.).

2) Zu Gunsten des Patronatsrechts enthält eine andere Ausnahme

L. 9. §. 2. de reb. dub. (34, 5.) k).

3) Eine fernere Ausnahme ist zu machen, wenn es so verordnet war, also auch, wenn es im Sinn einer Rede liegt. Einen Fall dieser Art, wahrscheinlich weil man Fideicommisse immer besonders milde interpretirte, enthält

L. 17. §. 7. ad SC. Trebell. (36, 1.),

indem dennoch X das Fideicommiß haben soll, wenn verordnet war, er solle es bekommen, so ferne der Fiduciar kinderlos sterbe, der letzte aber zugleich mit seinem Sohn umkommt. Den merkwürdigsten Fall enthält

L. 9. pr. de reb. dub. (34, 5.),

nämlich diesen: A hat zwei unmündige Söhne B und C;

---

i) Cum bello pater cum filio perisset: materque filii, quasi postea mortui, bona vindicaret, agnati vero patris, quasi filius ante perisset: Divus Hadrianus credidit, patrem prius mortuum.

k) Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius; hoc enim reverentia patronatus suggerente, dicimus.

dem Letztlebenden von ihnen substituirt er pupillariter (§. 701.) den X. In derselben Gefahr kommen B und C um. Hier soll nun X beide Söhne beerben. Der Grund der Entscheidung war wohl gewiß dieser: impuberes können nicht testiren, müssen also ab intestato sterben. Bei weitem der häufigste Fall ist, daß Geschwister, welche sterben, nach einander sterben; der wahrscheinlich also auch vom Testator vorausgesetzte Fall war mithin, daß einer der Brüder erst starb, daß ihn der andere Bruder beerbte, und so, wenn er selbst starb, das brüderliche Vermögen nun mit in seinem Vermögen hat. Starb er dann auch, so erhielt X alles, weil der Pupillarsubstitut nach §. 701. das ganze Vermögen des Kindes bekommt. Damit ist

L. 34. ad SC. Trebell. (36, 1.)

gar nicht im Widerstreit; denn in dem gegebenen Falle hatte der Testator nur die eine oder andere Erbschaft für den Substituten ausgesetzt, und wenn man hier nicht zeigen konnte, wer zuerst oder zuletzt gestorben sey, so konnte der Substitut nichts fordern, weil er nicht beweisen konnte, daß die Bedingung, unter der er gerufen war, wirklich eingetreten sey.

§. 219.

Ad voc. zu einem immerwährenden Zweck.

Man hat bisher fast immer den Charakter des Immerwährenden in den Begriff der universitas aufgenommen. Verworfen ist dieß von

Wening Civilrecht Bd. 1. S. 115.,

weil es kein Gesetz sagt. Er nennt daher jede vom Regenten bestätigte Vereinigung mehrerer Personen eine universitas. Allein es werden ja oft Societäten, z. B. Handelscompagnien und Lesegesellschaften, bestätigt, ohne daß man daran denkt, sie dadurch in eine Corporation oder universitas zu verwandeln; daher will

Zachariä nota * cit.

nur die bestätigte Vereinigung eine universitas nennen, denen der Regent jura corporis gegeben habe. Allein fast nie sprechen die Regenten dieß aus, auch wenn ihre

bestimmte Absicht auf Errichtung einer universitas geht. Bei Allem, was wir universitates und corpora nennen, kommt aber der Charakter des Immerwährenden in der Regel vor, z. B. Städte, Dörfer, Zünfte, Justizhöfe und Academien. Indeß lassen sich universitates und collegia ad tempus denken, wie z. B. die Mainzer Commission, und umgekehrt wären auch indefinite eingegangene und bestätigte societates kein Widerspruch. Genau besehen wird hier also die Wissenschaft kaum mehr sagen können, als dieß: Durch eine universitas verliert der Einzelne am mehrsten, weil er auch seine Ratenrechte einbüßt. Nach der Regel: in dubio res redigenda est ad minimum, ist also im Zweifel keine, und auch nicht eine bestätigte Verbindung mehrerer Personen als universitas zu nehmen, und nur die gelten als solche, welche, wie die oben genannten, nach bisherigem Gebrauch als solche galten, gesetzt auch, sie sollten nur für eine Zeit gesetzt oder bestätigt seyn, oder denen der Regent namentlich die jura corporis verlieh.

Ad voc. das Mitglied einer andern Gemeinheit.

Die Praxis ist fast überall von dieser gesetzlichen Regel abgewichen, ohne das Gesetz selbst zu läugnen.

Lauterbach Colleg. L. 47. tit. 22. §. 3.

Ganz läugnet nun auch jene Regel, als ob sie nicht in den Gesetzen stände,

Wening Bd. 1. S. 113.,

und zwar wegen

L. 27. pr. ad municip. (50, 1.). [1])

Allein die Gesetze in nota b sind dafür, und jenes Fragment spricht auch nur von einem Nothfall, wo der libertus nichts bekommen hätte, wenn ihm nicht beides gegeben wäre, und wo die Unabhängigkeit der Municipien es nicht wohl möglich machte, mehrere unter denselben Grundsatz zu bringen, wenn die eine Stadt sich durch die Handlung der andern nicht wollte binden lassen.

---

1) Ejus, qui manumisit, municeps est manumissus, non domicilium ejus, sed patriam secutus. Et si patronum habeat duarum civitatum municipem, per manumissionem earundem civitatum erit municeps.

§. 220.

Ad voc. von den Berufenen wenigstens zwei Drittheile erscheinen.

Diese Regel ist geläugnet von

Mackeldey Aufl. 4. §. 133. und
Wening Bd. 1. S. 115.

Beide wollen sie nämlich bei der Wahl eines Syndicus gelten lassen, weil dafür freilich in

L. 3. quod cujuscunq. univers. nom. (3, 4.) [m])

das Erscheinen von zwei Drittheilen gefordert werde, im Allgemeinen aber in

L. 19. ad municip. (50, 1.) [n])
L. 160. §. 1. de reg. jur. (50, 17.) [o])

verordnet sey, es solle gelten, quod major pars curiae, oder quod per majorem partem beschlossen sey. Daraus schließt nun Mackeldey: in der Regel entscheide die Majorität der Erscheinenden (also von den hundert geladenen Gliedern erscheinen zehn, und sieben consentiren); Wening dagegen sagt, es müsse Stimmenmehrheit in Betreff der ganzen universitas vorhanden seyn, welche Idee im Wesentlichen auch wieder vertheidigt ist von

Bayz civil. Abhandl. S. 110 — 130.

Das Letzte ist nun zum Theil gewiß richtiger; denn curia heißt ja das ganze Collegium, und maxima pars unbestimmt geht auch nur relativ auf das ganze. Indeß hat das mit der gemeinen Meinung übereinstimmende Compendium schon dieß für sich, daß die

L. 19. L. 160. §. 1. cit.

nur unbestimmt reden, sich auf die Frage, wieviel erscheinen müssen, nicht einlassen, daß aber L. 3. citata alle diese Punkte genau entscheide, ohne auf etwas Ein=

---

m) Nulli permittetur nomine civitatis, vel curiae experiri; nisi ei, cui lex permittit: aut, lege cessante, ordo dedit, cum duae partes adessent, aut amplius, quam duae.

n) Quod major pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint.

o) Refertur ad universos quod publice fit per majorem partem.

gulaires hinzudeuten, und daß nicht einzusehen ist, warum bei der Wahl eines Syndicus gerade etwas Besonderes gelten sollte. Auch ist hier als ganz bestimmte Regel die

L. 3. de decretis (50, 9.) p)

für die Praxis ganz entscheidend. Später hat sich

Mackeldey Aufl. 5. §. 133. a.

durch eine neue Wendung zu helfen gesucht. Er meint nämlich, das Erscheinen von zwei Drittheilen werde zwar wohl verlangt, aber nur bei Municipalcurien, sonst aber genüge der Beschluß der Majorität der Erscheinenden, und zwar wegen

L. 160. §. 1. de reg. jur. (50, 17.)
L. 5. Cod. de legat. (10, 63.).

Allein diese Gesetze sagen ja nur unbestimmt: Für eine universitas gelte, was major pars beschließe, welches denn nach den übrigen Gesetzen um so mehr näher zu bestimmen ist, da diese Gesetze nicht entfernt auf ein Singulare für einzelne universitates hindeuten. Die richtige Meinung ist jetzt auch wieder sehr gut vertheidigt von

A. Lang, de decretis ab ordine etc. faciendis. Erlangen 1828.

Ad voc. ein Gesetz in allen Gemeindesachen.

Es kann auffallen, wie es möglich war, daß die Römer nach §. 217. nota z bei rebus communibus das Princip annehmen konnten, daß dabei nur unanimia entscheidend sind, daß also der einzelne dissentiens durch seinen Widerspruch den Willen aller andern hemmen kann (in re communi potior est contradicentis conditio), während sie es bei allen rebus universitatis zulassen, daß die Majorität der Einzelnen überall das Gesetz machen könne, und daß sich daher die Minorität müsse abstimmen lassen. Dennoch ist diese Verschiedenheit leicht erklärlich. Bei bloß zeitigen, auf Privateigennutz berechneten Verbindungen ist die Auflösung derselben leicht möglich, und hat keine weitere Nachtheile. Dissentirt also ein einzelner socius, so wird durch das judicium communi dividundo

---

p) Lege autem municipali cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis.

der Knoten gelöst. Ganz anders ist der Fall bei universitatibus, welche ihrer gewöhnlichen Natur zufolge auf immer errichtet werden, oder wenn sie nur transitorisch sind, wie z. B. Hofcommissionen, doch wenigstens auf einen durchaus zu erreichenden Zweck gerichtet sind. Bei diesen muß nach der Regel, daß der, welcher den Zweck will, auch die Mittel wollen müsse, absolut das Princip der Entscheidung per majora angenommen werden, weil auf unanimia in der Regel nie zu rechnen ist. Nimmt man nun, um die universitas zweckgemäß zu erhalten, das Princip der Majorität an, daß mithin der Einzelne nur Votant ist, welcher der Majorität zu weichen hat, so folgt daraus die unendlich wichtige Theorie der Römer über res universitatis, welche in den beiden folgenden Zusätzen durch eine Reihe von Beispielen erläutert werden soll.

§. 221.

Ad voc. für viele Lehren äusserst wichtige Satz.

Dieser Satz ist von der höchsten Bedeutung, wie in dem Folgenden durch eine Reihe von Beispielen gezeigt werden soll, wozu man die Literatur findet in den nota o citirten Schriften, besonders in der vortrefflichen Abhandlung von J. L. Gaudlitz, an der Haubold unter der Hand viel Theil gehabt hat, daher sie auch jetzt wieder abgedruckt ist in

Haubold opuscula tom. 2. pag. 547 — 621.

Man nehme nun folgende Fälle:

1) Wenn A und B den Sclaven X als condomini manumittiren, so sind sie beide dessen Patronen, also ist er ihnen beiden Ehrendienste und Reverenz schuldig, weil jeder pro rata manumissor war. Manumittirt hingegen eine universitas, z. B. eine Stadt, ihre Sclaven, so ist nach den Gesetzen in nota m. n. nur die Stadt, als moralische Person, der patronus, aber nicht der einzelne Bürger, und auch nicht pro rata, weil die Gemeindesachen nicht pro rata den einzelnen Gemeindegliedern, sondern der moralischen Person gehören.

2) Wenn dritte Personen auf eine res communis Angriffe machen, so kann sich jeder condominus deren zu

erwehren suchen, weil er Rechte pro rata hat, welche er als singulus schützen darf. Machen dagegen dritte Personen auf eine res universitatis Angriffe, so kann das einzelne Gemeindeglied, weil es gar keine Ratenrechte hat, sich dagegen keines Rechtsmittels bedienen, und also muß hier die Gemeinde selbst als moralische Person die Vertheidigung übernehmen.

3) Gemeindeschulden sind nach den Gesetzen in nota p nur Schulden der Gemeinde, aber nicht pro rata der einzelnen Gemeindeglieder. Wegen einer Gemeindeschuld kann also nur die Gemeinde belangt und auf ihr Vermögen exequirt werden. Natürlich gibt es aber hier eine Klage gegen das einzelne Gemeindeglied, wenn dasselbe, qua singulus, für eine Gemeindeschuld intercedirt hat, oder der Bereicherung wegen durch die actio de in rem verso als singulus belangt werden kann.

4) Auf ein ausgetretenes Gemeindeglied können die Schulden der universitas nie mit repartirt werden, weil sie nie dessen Schulden waren. Bei der communio und societas ist die Sache anders. Denn der socius ist selbst pro rata Schuldner, und nimmt diese Schulden pro rata mit, auch wenn die Societät getrennt ist.

5) Wird ein Theil von einer universitas getrennt, z. B. ein Bauerhof von einem Dorfe zum andern gelegt, so hat der abgetrennte Theil gar keinen Anspruch auf die Benutzung der Sache der universitas, zu der er früher gehörte, während bei der communio dem condomino stets seine alten Ratenrechte bleiben.

6) Wenn mehrere condomini als litis consortes im Prozesse ein procuratorium ausgestellt haben, so ist es pro rata von jedem Einzelnen ausgestellt, erlischt also auch pro rata durch den Tod des Einzelnen. Stellt dagegen eine universitas ein procuratorium aus, so bleibt dieß in seiner vollen Kraft, so lange die universitas lebt, und hier ändert denn der Tod des einzelnen Gemeindegliedes nichts; daher es ein arger juristischer Schnitzer ist, wenn unsere Formelleute den von Gemeinheiten ausgestellten Syndikaten die Clausel hinzufügen: für uns und unsere Erben, gerade als ob eine Stadt oder Zunft Kinder bekommen könnte.

7) Fangen condomini einen Prozeß an, und entsagt der eine condominus dem Prozeß, so erlischt der letzte pro rata des entsagenden condominus. Wenn dagegen eine Commune einen Prozeß beschlossen hat, so bleibt diese ganz in statu quo, wenn die Gemeinheit ihren Beschluß nicht ändert, aber einzelne Bürger dem Prozeß entsagen, wiederum aus dem einfachen Grunde, weil hier der Einzelne nur Votant, aber kein Ratenberechtigter ist.

8) Ein Bürger kann an einer Stadtsache eine Servitut erwerben, weil sie für ihn nichts, als eine res aliena ist. Nach der Regel: res propria nemini servit kann aber ein condominus an der ihm mitgehörenden res communis keine Servitut erwerben, aus dem einfachen Grunde, weil er an der Sache ungetheilte Ratenrechte hat, und weil in sofern die Servitut seine res propria mit afficiren würde.

Ad voc. Eine solche Theilung kann durch die Majorität beschlossen werden.

Die Frage, wie Gemeindegüter vertheilt werden können und müssen, ist äusserst streitig. Man unterscheide hier wieder zwei Fragen, nämlich:

1) Wer kann die Theilung beschließen und darauf dringen? Hierauf antwortet

Runde nota u cit.

kein Gesetz sage allgemein, daß in allen Fällen die majora der universitas entscheiden sollen; die Theilung müsse also per unanimia geschlossen werden, wobei jedoch Runde, als ob ihm eine allerhöchste Macht verliehen wäre, ein Paar Bauern nicht achten will, welche den Widerbeller machen. Dagegen behauptet

Krüll nota u cit.

jeder Einzelne könne vermöge

L. 8. communi divid. (10, 3) q)

auf die Theilung dringen und seine rata herausverlangen. Endlich sind

q) Et si non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant; hoc judicium inter eos accipi potest.

Gönner und Gaudlitz l. c.

mit dem Compendio der Meinung, die Theilung könne per majora geschlossen werden, und dieß letzte ist offenbar richtiger. Denn die Gesetze in §. 220. nota g erkennen überall in Gemeindesachen die Majorität an, und

L. 160. §. 1. de reg. jur. (50, 17.)

steht namentlich der Ansicht von Runde ganz allgemein entgegen. Die Ansicht von Krüll, welcher hier auch an communio denkt, ist freilich consequenter, als die von Runde; allein beide haben vergessen, daß res universitatis gar keine res communis sind; daß der Einzelne keine Ratenrechte daran hat, und daß in Gemeindeangelegenheiten immer die majora entscheidend sind.

2) Wenn die Theilung beschlossen ist, wie muß dann die Größe der Portion bestimmt werden?

Hierauf antworten:

Runde, Gönner und Gaudlitz,

daß jedes Gemeindeglied eine Portion nach der Größe seiner bisherigen Nutzungsrechte erhalte.

Dagegen will

Krüll

im Zweifel jedem Gemeindegliede einen Kopftheil geben, und zwar wiederum mit Berufung auf

L. 8. comm. divid. (10, 3.).

Die letzte Theorie, sofern sie aus dem Princip über res communes abgeleitet wird, ist aus den vorhin erwähnten Gründen augenscheinlich falsch; und auch die erste Theorie hat keinen juristischen Boden. Denn aus dem Nuzzungsrecht an sich folgt nichts weiter, als daß es die Theilung nicht kränken darf, keineswegs aber, daß danach auch die Ansprüche auf eine neue Proprietät abgemessen werden müssen.

Man unterscheide hier vielmehr so:

a) die Gemeinde beschließt per majora die Art der Theilung. Dann bleibt es, unbeschadet der Nutzungsrechte eines jeden, dabei, weil eine Gemeinde überhaupt das Recht hat, per majora Beschlüsse über ihre Angelegenheiten, also auch über ihr Eigenthum, zu machen.

b) die Gemeinde beschließt zwar die Theilung in ab-

stracto, will aber die Art der Theilung nicht selbst festsetzen, und überläßt dieselbe unpartheiischen Dritten, wie man es in dem Rundischen Falle gemacht hatte. Dann ist die Theilung (wiederum unbeschadet der Nutzungsrechte eines jeden) nach Köpfen zu machen; zwar nicht aus dem von Krüll angenommenen Princip, sondern deßwegen, weil die Gemeindeglieder, in Betreff der Gemeindesachen, juristisch nichts als tertii sind, und weil eine Sache im Zweifel nach Köpfen zu theilen ist, wenn sie indefinite mehreren Personen zum Erwerb deferirt wird.

L. 29. pro socio (17, 2.)

L. 9. §. 12. de hered. instit. (28, 5.).

Das Einzige, was dieser ganzen Theorie entgegensteht, ist der Umstand, daß sie da und dort zu unpolitischen Resultaten führen kann, und daß man bei ihrer Anwendung zuweilen glauben darf, den Willen derer, welche im allgemeinen die Theilung beschlossen, nicht recht zu treffen. Allein man muß dabei erwägen, daß der Richter, bei Anwendung des Rechts, oft nicht im Stande ist, alle menschlichen Gebrechen zu heilen. Gibt z. B. A dem Bettler B und dem Reichen C zusammen 100 fl., so kann kein Richter anders handeln, als daß er arithmetisch theilt, und dem B. und C jedem 50 fl. gibt. Daß A selbst besser hätte theilen können und sollen, und es vielleicht auch würde gethan haben, wenn er die Umstände recht überlegt hätte, kann hier die Handlungsweise des Richters nicht ändern. Wenn also eine Gemeinde nicht selbst nach weisen Grundsätzen theilen will, so kann der Richter, dem indefinite die Theilung unter diese Gemeindeglieder übertragen war, nicht anders thun, als daß er nach Köpfen theilt, wie er es ja auch unter gleichen Umständen bei einer testamentarischen Theilung thun muß. Man darf indeß nach der obigen Theorie nicht übersehen, daß dann nach der Größe der Nutzungsrechte getheilt werden darf, wenn man aus den Umständen sieht, daß die Absicht der Gemeinde darauf ging oder consequenter Weise nur darauf gehen konnte, weil sich sonst die beschlossene Aufhebung der Nutzungsrechte nicht realisiren ließe, wie es bei dem von Runde erzählten Prozeß klar der Fall war. Allein man darf Rechtsre-

geln deßwegen nicht verdrehen und läugnen, weil sie da und dort durch einen consensus tacitus geändert sind.

Ad voc. als bona vacantia zu behandeln.

Gewöhnlich pflegt man zu sagen: nach aufgehobener universitas könnten die Güter von den gewesenen Mitgliedern unter sich vertheilt werden. Allein in

L. 3. pr. de collegiis (47, 22.) r)

steht nur, daß die Mitglieder eines aus einander getriebenen collegii *illiciti* ihre Einschüsse zurücknehmen könnten, welches hier denn natürlich war, weil das Collegium, als unbestätigt, noch gar keine juristische Existenz bekommen hatte. Nach den Grundsätzen des vorigen Zusatzes, verbunden mit der unläugbaren Wahrheit, daß nach getrenntem collegio licito kein Gemeindebeschluß mehr möglich ist, läßt sich hier nur sagen: vor geschehener Auflösung können die Gemeindeglieder die Theilung und die Art der Theilung beschließen; nur können sie freilich das nicht an sich ziehen, was ihnen der Staat zu öffentlichen Zwecken überlassen hatte. Ist aber ohne einen gültigen Theilungsbeschluß die universitas durch Willkühr, Tod oder Strafurtheil getrennt, so werden damit die Güter derselben, wie die eines gestorbenen erblosen Bürgers, bona vacantia, und in sofern kann sie der fiscus an sich ziehen.

§. 223.

Ad voc. in Ansehung der Verantwortlichkeit.

Die Grundsätze, welche hier in §. 223. über Verantwortlichkeit der Administratoren, namentlich der städtischen Beamten, aufgestellt sind, hat man stets auf unsere Stadträthe angewandt. Dagegen hat nun jetzt, wahrscheinlich eines besondern befreundeten Falles wegen, recht ausführlich und recht künstlich geschrieben

Funke, Beiträge, Chemnitz 1830,

weil hier das römische Recht bloß positiv rechtliche Vor=

---

r) Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus, et senatusconsultis dissolvuntur, sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere, pecuniamque inter se partiri.

schriften enthalte, und weil ein germanischer Stadtrath so ein recht eigenes und appartes Wesen sey.

§. 225.

Ad voc. einen untheilbaren Gegenstand.

Hieraus folgt, daß, wenn A und B von C die untheilbare Sache X kauften, der C schuldig ist, dem B die ganze Sache zu geben, wenn dieser den ganzen Kaufpreis zahlt. Dieß sagen auch die Gesetze in nota y. Doch meint

Glück ibid. cit.

daß hier C von dem B noch eine besondere Vollmacht des A verlangen könne. Allein Gründe gibt er nicht, und Gesetze hat er auch nicht beigebracht.

§. 226.

Ad voc. Novation.

Daß die novatio privativa (§. 935.) des einen correi credendi das Recht des andern aufhebt, hat außer der klaren Entscheidung der

L. 31. §. 1. de novat. (46, 2.)

auch gewiß alle Vernunft für sich. Denn der Schuldner übernimmt bei einer solchen Novation eine ganz neue Verbindlichkeit, welche er auf allen Fall dem novirenden correo credendi zu zahlen hat, und in sofern ist er im Grunde in eben der Lage, als ob er gezahlt hätte. Indeß haben hier Manche in

L. 27. pr. de pactis (2, 14.) [s])

große Schwierigkeiten gefunden, und so ist hier denn viel conjecturirt und kritisirt worden. Allein da Argentarien vielfach unter eigenen Grundsätzen standen, z. B.

---

s) Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit: an etiam alteri nocet exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere, tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur, sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint, quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.

Gaj. IV. 64—68.

so kann man das, was Paulus in

L. 27. cit.

über Novation sagt, bloß auf Argentarien beziehen, und dann der Nachsatz: idemque in duobus reis, bloß auf die anfangs über pacta remissoria aufgeworfene Hauptfrage, welche alte Erklärung auch jetzt wieder

Hübel nota e cit.

ausführlich vertheidigt hat.

Ad voc. Ein bloßer Nachlaßvertrag.

Um diesen schwierigen Satz ganz zu fassen, muß man damit dasjenige verbinden, was in §. 227. Nro. 3. über das pactum remissorium eines correi debendi gesagt ist, und dann auch noch das hinzunehmen, was hier die confusio und compensatio betrifft.

Man bemerke daher überhaupt Folgendes:

I. Es ist nach §. 160. Hauptprincip, daß Verträge nur die Paciscenten verpflichten und berechtigen, nicht aber dritte Personen. Nur dann erwirbt ausnahmsweise der Dritte eine exceptio aus einem nicht namentlich auf die Person der Paciscenten gerichteten, sondern allgemein lautenden Vertrage eines dritten Paciscenten, wenn dem Letzten durch die exceptio dasjenige gesichert wird, was er sich ausbedungen hatte (si per eum, cui exceptio datur, principaliter ei, qui pactus est, proficiat). Z. B. A leiht auf eigenen Namen, aber im Grunde zum Vortheil des B, von X Geld. Für diese zum Besten des B contrahirte Schuld verbürgt sich nun der B selbst (fidejussor in rem suam). Schließt nun B mit X jenen Vertrag allgemein dahin, daß dieser das Anlehen nicht weiter fordern solle, so kann A, wenn X gegen ihn aus dem Anlehen klagt, dem X die exceptio pacti remissorii entgegensetzen. Denn zahlte hier A dem X, so würde A als gestor des B, den letzten wieder auf Entschädigung belangen können. Er sichert also dem B die Folgen des pacti remissorii, wenn er den X excipiendo zurücktreibt. Dieß ist ihm hier nun zum Vortheil des B erlaubt, jedoch nur, wenn B das pactum remissorium ganz allgemein (in rem) schloß; keineswegs aber, wenn

er bestimmt durch ein sogenanntes pactum in personam ausmachte, daß der X gegen ihn nicht klagen solle.

L. 21. §. 5. L. 22 — 26. de pactis (2, 14.)

II. Schließt ein correus debendi mit dem Gläubiger ein pactum remissorium, und zwar

1. bloß ganz beschränkt für sich als pactum in personam, so kann nach den eben citirten Fragmenten, der andere correus debendi stets belangt werden, weil sich hier der Paciscent die enge Fassung des Vertrags selbst beizumessen hat.

2) Ward das pactum absolut oder in rem geschlossen, so unterscheide man diese Fälle:

A) der paciscirende correus debendi hat keinen Vortheil davon, wenn der andere nicht zahlt, weil er nämlich nicht dessen socius ist, und demselben also nichts zu vergüten braucht, wenn er Zahlung geleistet hat. Dann kann nach dem obigen der nicht paciscirende correus das pactum nicht zu seinem Vortheil benutzen. Nur dann, wenn durch acceptilatio (§. 989.) die Schuld erlassen ist, wird der andere correus unbedingt frei. Denn weil bei der acceptilatio die Formel gebraucht wird: „acceptum habeo", so wird sie nun auch als wahre solutio behandelt, wie die Allegate in nota c beweisen. Die Idee von

Donellus Lib. XVI. cap. 25.,

daß bei einem pacto in rem auch der non socius die exceptio habe, also auch bei einem pactum in personam der socius, enthält ein ganz verkehrtes Umspringen der Begriffe.

B) Der Paciscirende hat Schaden davon, wenn der andere zahlt, weil er nämlich als socius schuldig ist, demselben die geleistete Zahlung zu vergüten. Dann nützt der Vertrag des Paciscirenden nach dem obigen Princip unter I., auch dem nicht paciscirenden correo. Doch wird die Schuld des letzten dadurch nicht ipso jure aufgehoben,

L. 31. de receptis (4, 8.)
L. 3. §. 3. de liberat. legat. (34, 3.)

sondern nur ope exceptionis, wie die obigen Allegate unter I. beweisen, so wie.

L. 9. §. 1. de duobus reis (45, 2.).

Auch kann hier der nicht Paciscirende die Klage nicht bloß zur Hälfte, sondern ganz entkräften, weil er, auch wenn er nur wenig zahlt, doch immer pro rata dieses Wenigen eine Entschädigungsklage haben würde. Daher auch

L. 3. §. 3. cit.

zur gänzlichen Sicherheit des correi debendi, dem ein legatum liberationis (§. 754.) hinterlassen war (und ein solches Legat gilt als pactum remissorium), die ganz allgemeine Befreiung durch acceptilatio fordern kann. Deßwegen sagt auch

L. 9. §. 1. cit.

ganz absolut, daß hier das pactum des correi debendi dem andern correo Vortheil bringe.

III. Schließt ein correus *credendi* ein pactum remissorium, so muß man mit Cujac behaupten, daß der andere correus credendi gar nicht durch Berufung auf dieß pactum remissorium vom Schuldner zurückgewiesen werden kann. Denn hiefür ist die Regel, daß pacta nur für und wider die Contrahenten wirken, und die obige Ausnahme, in Betreff der correorum debendi, paßt gar nicht hieher; denn diese Ausnahme geht nur dahin: der nicht Paciscent hat eine Ausnahme gegen den Paciscenten, wenn dieser durch Winkelzüge darauf ausgeht, sein eigenes pactum in rem zu untergraben. Hier bei correis credendi ist ja aber die Rede davon, ob dem nicht paciscirenden correo credendi deßwegen eine Einrede entgegengesetzt werden könne, weil der andere correus credendi paciscirt habe, wo also gar nicht die Rede davon seyn kann, daß ein Paciscent sein eigenes pactum indirect selbst angreife. Selbst wenn der nicht paciscirende correus credendi als socius des Paciscirenden schuldig wäre, mit dem letzten das Erhobene zu theilen, muß die Sache immer dieselbe bleiben. Denn der nicht Paciscirende kann nun einmal sagen, ich habe nicht paciscirt; also kann man ihm auch nicht vorwerfen, daß er als Chikaneur sein eigenes pactum zu untergraben suche, und so kann er auch dem Schuldner sagen: es geht dich nichts an, wo ich mit dem Gelde, was mir

gebührt, bleiben werde. So entscheidet nun auch bestimmt

L. 27. pr. de pactis (2, 14.),

wo sogar, namentlich von dem correo credendi socio, gesagt ist, daß das pactum des Einen dem Andern nicht schade. Dennoch sind die Ansichten unserer Juristen hier sehr verschieden. Einige sagen mit Faber: das pactum eines correi credendi socii gebe dem Schuldner gegen den andern correus credendi socius unbedingt das Recht, die ganze Klage per exceptionem zu entkräften. Allein er weiß zu diesem sinnlosen Resultat nur dadurch zu kommen, daß er das Wort socii in

L. 27. pr. cit.

ausstreicht. Dagegen meint Donellus, weil nach L. 27. pr. citata den sociis die Einrede nicht entgegenstehe, so könne sie dem correo non socio stets opponirt werden. Allein wenn man die vorhergehenden Fragmente vergleicht und dabei

L. 34. pr. de receptis (4, 8.) [t])

so ist das ganz offenbar, daß

L. 27. pr. cit.

keineswegs sagt, nur dem socio stehe die Einrede nicht entgegen, sondern nicht einmal dem socio könne sie entgegengesetzt werden.

Die im Compendio §. 226. ad nota g erwähnte Mitteltheorie einiger Juristen wäre freilich nicht unbillig, aber sie ist gegen die obigen Gesetze. Zwar beruft man sich dafür auf

L. 34. pr. cit.

Allein das Gesetz sagt ja keineswegs, daß der correus credendi, welcher das Compromiß (§. 926.) nicht geschlossen habe, in dem Fall, wenn er socius des Com-

t) Si duo rei sunt aut credendi, aut debendi, et unus compromiserit: isque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur: videndum est, an, si alius petat, vel ab alio petatur, poena committatur, idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt, et fortasse poterimus ita fidejussoribus conjungere, si socii sunt, alias nec a te petitur, nec ego peto, nec meo nomine petitur, licet a te petatur.

promittirenden sey, nicht klagen könne, sondern nur, daß der letzte in die versprochene Strafe falle, wenn die Klage stattfinde, also wenn der Compromittirende keine Anstalt mache, daß der correus, welcher an dem Compromiß keinen Theil nahm, von der Klage abgehalten werde.

Gleichdenkend in diesen Hauptprincipien ist nun auch

Guyet, Abhandlungen Nro. 11.

indem er jedoch eine Aenderung durch das deutsche Recht für den Fall eines, von einem correo credendi oder mit einem correo debendi geschlossenen Nachlaßvertrages behauptet, weil bei uns ein pactum nudum die Kraft der römischen stipulatio habe, und weil bei den Römern durch acceptilatio (§. 989.) des einen correi die ganze Schuld und Forderung getilgt sey. Allein das Eigene unseres deutschen Rechts ist ja nur, daß wir zur Klagbarkeit eines Vertrages keine Bestätigung und keine Form bedürfen; keineswegs aber haben wir materiell das neue Princip, daß Verträge zwischen A und B dritten Personen nützen oder schaden, und daß das, was die Römer bei ihrer, dem stricto juri angehörenden, und in sofern mit höchster grammatischer Strenge behandelten stipulatio durch Wortklauberei annahmen, z. B.

L. 91. pr. de verb. oblig. (45, 1.)

nun bei allen deutschen Verträgen angenommen werden müsse, widrigenfalls man ja zu dem ungeheuren Satz kommen würde, daß bei uns jedes Geschäft als stricti juris negotium zu behandeln sey. Bei der acceptilatio beruhte nun aber der römische Satz offenbar auf einer buchstäblichen Behandlung der Worte: acceptum habeo, und deßwegen ward denn auch die acceptilatio als wahre solutio behandelt.

L. 16. de acceptilatione (46, 4.).

Nach diesen Prämissen läßt sich nun auch zuletzt die Lehre von der confusio und compensatio (§. 117. 997.) bei Correalverhältnissen aufklären, und zwar so:

1) in Betreff der confusio gilt das Princip: liberat tantum a persona, d. h. sie vernichtet nur dasjenige, was in der persona successoris correspondirend ist, in Beziehung auf diesen successor, aber das Recht oder die

Pflicht des anderen correi bleibt stehen. Wären indeß die correi als socii schuldig, pro rata einander das Gezahlte zu vergüten, oder das Erhaltene mitzutheilen, so erlischt das Rechtsverhältniß nach eingetretener confusio bis auf diese rata. Es steht dieß alles in

L. 71. pr. de fidejuss. (46, 1.),

zwar nur mit Rücksicht auf correos debendi, aber offenbar muß man es auch bei correis credendi annehmen. Man setze: A und B sind als correi debendi dem X 100 fl. schuldig, und jetzt beerbt B den X. Hier kann B als Nachfolger des X an sich selbst nicht 100 fl. fordern, aber wohl kann er deßwegen den A als einen Dritten belangen. Wäre er indeß als socius schuldig, dem A 50 fl. zu geben, wenn dieser 100 bezahlt hätte, so kann er nur bloß 50 an A fordern. Denn wozu das Zahlen der ganzen 100, wenn doch davon wieder dem Zahlenden 50 zurückgebühren? Derselbe Mechanismus ist nun aber auch bei correis credendi. Man setze: F und G haben in solidum 100 fl. von Z zu fordern. Wird nun G Erbe des Z, so kann er von sich selbst nichts einfordern, aber F kann ihn belangen, weil er die Schuld des Z erbte. Wären aber F und G socii, so würde G ganz natürlich wieder sagen: ich gebe dir nur 50 fl.; denn zahlte ich 100, so müßtest du mir doch davon gleich 50 abgeben; also behalte ich diese lieber gleich, und zahle dir nur 50.

2) In Betreff der compensatio sind die Begriffe unserer Juristen verschieden. Um sie zu berichtigen, muß man diese Fälle unterscheiden:

A) die Compensation ist von dem einen correo oder gegen denselben bereits durch Berufung auf die exceptio compensationis durchgesetzt. Dann ist durch sie definitiv getilgt, also so gut, wie gezahlt; folglich ist die Wirkung für correos ganz der Wirkung der Zahlung gleich.

L. 4. qui potiores (20, 4.)

B) Es existirt zwar ein nach der Strenge (ipso jure) compensables creditum oder debitum, aber der Theil, welcher es konnte, hat bisher die Compensation noch nicht verlangt. Hier unterscheide man:

a) Es ist von correis debendi die Rede. Dann kann der eine correus die compensable Gegenforderung, welche der andere correus gegen den Gläubiger hat, diesem nicht entgegensetzen, außer wenn der andere correus sein socius war. Dieß sagt

L. 10. de duob. reis (45, 2.) [u])

und dieß ist denn auch ziemlich consequent. Denn, wenn auch ein Schuldner sich nach der Strenge auf seine compensable Gegenforderung berufen kann, so tritt die Compensation doch ohne dieß Berufen nicht von selbst ein. Wären aber die correi debendi einander zur Entschädigung verpflichtet, so kann der Beklagte correus ungefähr, wie bei einem pacto remissorio, dem Kläger sagen: mein Mitschuldner hätte dich excipiendo zurücktreiben können; jetzt wirfst du dich aber auf mich, und damit indirect auf den andern correus; folglich muß dich bei diesem Umwege derselbe Einwand treffen, der dir auf dem geraden Wege würde entgegengestanden haben.

b) Ist von correis credendi die Rede, so nehmen die Mehrsten umgekehrt dasselbe an, was eben von correis debendi gesagt ist, während andere sagen: die L. 10. citata gelte nur für correos debendi; für correos credendi hingegen müsse man den Satz annehmen, daß die gegen den Einen stattfindende compensable Forderung auch die Forderung des andern aufhebe, und zwar, weil die Compensation ipso jure eintrete und als Zahlung gelte.

Glück 4. Bd. S. 522. 523.

Allein die Compensabilität tilgt, wie gesagt, ohne vorgeschützte exceptio auf keine Weise, und ipso jure heißt hier nicht, was von selbst eintritt, sondern wie gewöhnlich, was nach der Strenge des Rechts verlangt werden kann, wenn man davon Gebrauch machen will. Sonst hätte ja in L. 10. cit. die Tilgung unbedingt angenommen werden müssen, während darin doch nur ausnahmsweise dem socio correo aus der Compensabilität eine Einrede gegeben wird. Eben deßwegen muß man denn sagen, daß der correus credendi sich die Gegenschulden des an-

---

u) Si duo rei promittendi socii non sint: non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.

dern correi gar nicht anrechnen zu lassen braucht, nicht einmal, wenn der andere correus sein socius ist. Denn es ist hier wieder gerade, wie bei pactis remissoriis, der Schluß von correis debendi auf correos credendi völlig unpassend, da man auch hier dem correo credendi gar nicht vorwerfen kann, daß er indirect, selbst gegen seine eigene Pflichten angehe.

§. 227.

Ad voc. nicht durch das dafür angerufene Gesetz.

In der Natur der passiven Correalverhältnisse liegt es gerade, daß der correus debendi, wenn er zuerst in Anspruch genommen wird, das Ganze bezahlen muß, und so ist es hier höchst widernatürlich, wenn man sagt, er brauche dem Gläubiger provisorisch nur eine rata zu zahlen. Dennoch hat es die Praxis, mit Ausnahme der Delictsobligationen so angenommen, und zwar wegen

Nov. 99.

Allein dieß ist verkehrt, weil die Novelle, besonders wenn man noch den griechischen Urtext vergleicht, bloß von correis debendi redet, welche sich wieder für einander verbürgt hatten; wo denn eine Einwirkung des den Bürgen gestatteten beneficii divisionis (§. 953.) stattfinden mußte. Schon Donellus hat dieß sehr gut gezeigt, und neuerlich noch besser

Asverus nota n. cit.

Ad voc. in der Regel nicht auf Entschädigung belangen.

Es gibt Viele, welche unbedingt behaupten, daß der zahlende correus debendi seinen Mitschuldner stets pro rata durch die actio negotiorum gestorum auf Entschädigung belangen kann. Diese Theorie ist aber offenbar falsch. Denn es ist ausgemachter Grundsatz, daß der, welcher sein eigenes Geschäft besorgt, und dadurch *per accidens* einem Andern nützt, deßwegen keine Vergütung fordern kann. Auch bestätigen die Gesetze in nota g die Regel des Compendii ganz bestimmt. Zwar berufen sich die Gegner auf

L. 2. Cod. h. t. (8, 40.) [x]).

Allein die Worte: *communiter* mutuam pecuniam accepisti zeigen ganz offenbar, daß in dem gegebenen Fall die correi debendi zugleich socii, und in sofern einander zur Entschädigung verpflichtet waren. Nimmt man übrigens an, wie es nach dem vorigen Zusatz die Praxis thut, daß correi debendi, wenn die andern correi leicht auszuklagen sind, das beneficium divisionis haben, so muß man freilich die nachher im Compendio gemachte Ausnahme zulassen. Denn zahlt ein correus debendi, welcher die exceptio divisionis hat, freiwillig das Ganze, um die Klage von dem andern correus abzuwenden, so ist er nun ein wahrer negotiorum gestor desselben, und hat denn auch in sofern die actio negotiorum gestorum, soweit er über seine rata hinausgezahlt hat. Für die Theorie der Gegner hat sich indeß jetzt wieder erklärt, in einer noch nicht vollendeten, also noch nicht zur Beurtheilung reifen Abhandlung

Sell in Lind. Zeitschrift 3. Bd. 3. Hft. Nro. 21.

Er scheint aber den Weg zu wählen, daß er bloße Individualitäten generalisirt, nämlich daß er von Fällen schließt, wo die Gesetze mit großer Strenge Correalobligationen angeordnet haben, wie z. B. bei Mitvormündern, und wo sie denn doch wieder hinterher aus Milde einen Regreß pro rata oder gar eine Klage auf volle Bezahlung gegen den zulassen, welcher ein Mitschuldiger oder der eigentliche Schuldige ist.

§. 231.

Ad voc. **Bis zur Vollendung des siebenten Jahres.**

Man nahm bisher unbedingt an, daß die ersten sieben Jahre die infantia, d. h. die Periode der vollen juristischen Unfähigkeit ausmachen. Dagegen hat nun

Unterholzner nota m cit.

---

x) Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.

behauptet, die infantia sey kürzer, höre auf, wo ein Mensch der Sprache ganz mächtig sey, und richte sich so nach der Individualität des einzelnen Subjects. Allein ein solcher Rechtssatz wäre höchst betrübt. Denn wie will der Richter bei Kindern, welche noch dazu gewöhnlich blöde sind, ihre volle Sprachfertigkeit ausmitteln, besonders da die Richter selbst sehr häufig ihrer eigenen Muttersprache nicht recht Meister sind. Ein fester Termin ist hier also ganz unentbehrlich, und diesen haben denn auch nun die Gesetze in nota m ganz bestimmt auf sieben Jahre gesetzt. Mit der größten Gelehrsamkeit hat sich

Erb, in den citirten Jahrbüchern

gegen Unterholzner erklärt, ohne daß er geantwortet hat, und so auch jetzt wieder

Glück 30. Bd. S. 432 — 434.

Ueber die gleich nachher genannten infantiae und pubertati proximos wird bei §. 530. II. noch genauer zu handeln seyn.

Vierter Abschnitt.

Ueber das Object der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Wichtigste Arten der Handlungen.

§. 250.

Ad voc. **mit unmoralischen Absichten verbunden.**

Gewöhnlich sagt man, die culpa sey zwar ein verschuldetes, aber unwissentliches, der dolus hingegen ein wissentliches Uebertreten der Gesetze. Allein nach den Allegaten in nota u heißt das wissentliche Uebertreten des Gesetzes nur dann dolus, wenn es mit verächtlich egoistischen Absichten verbunden war, also nicht, wenn sogenannte liebenswürdige sympathetische Neigungen dabei wirkten, ungefähr wie wir auch bei unserm Wort: „Arglist" nur an sogenannte Malicen und Tücke zu denken pflegen, und dann dem Arglistigen die sogenannten

liebenswürdigen Sünder und Sünderinnen entgegensetzen. Sehr gut hat

Löhr, Theorie der culpa §. 5—7.

zuerst hierauf aufmerksam gemacht. Nur irrt er in zwei Puncten, nämlich:

1) darin, daß er nur Handlungen aus Gewinnsucht zum dolo zählt, alle andern wissentlichen Uebertretungen der Gesetze aber, auch wenn sie aus Bosheit und Neid geschehen, bloß zur culpa; welches gewiß an sich widernatürlich und falsch ist, da die Gesetze in nota u nur das vom dolus ausnehmen, was aus uneigennützigen Neigungen geschah, jede andere Bosheit aber immer für dolus erklären, welches denn auch die gesetzliche Definition in

L. 7. §. 3. de dolo (4, 3.)

mit sich bringt.

2) Noch irriger ist es, wenn Löhr sagt: die Gränze zwischen culpa lata und levis sey dadurch gesetzt, daß bei jener, nicht aber bei dieser, Wissenschaft der Illegalität stattfinde. Nach seinen Begriffen ist also jede nicht aus Gewinnsucht wissentlich begangene Illegalität eine culpa lata; jede ohne Gewinnsucht stattgehabte Uebertretung der Gesetze aber culpa levis. Allein er erhebt hier die Ausnahme, daß eine wissentliche Illegalität aus Sympathie, nicht als dolus, sondern als culpa lata behandelt werden soll, zur Regel. Der Grundbegriff der culpa lata wird vielmehr von den Gesetzen darauf gestellt, daß Jemand nicht wisse, was auch sonst der Unfleißige zu wissen pflegt,

L. 9. §. 2. de juris ignorant. (22, 6.)

L. 213. §. 2. L. 223. pr. de verb. signif. (50, 16.) y)

in welchem letzten Gesetz das Wort „finis" den Begriff des Dinges bezeichnet, in welchem Sinn es bei den Classikern viel vorkommt.

Mit dem, was vorher unter Nro. 1. gesagt ward, stimmt auch überein

---

y) L. 213. §. 2. Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt. — L. 223. Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt.

Schöman, vom Schadensersatz S. 3—10.
Allein darin weicht er ab, daß er behauptet, eine aus sympathetischen Gefühlen wissentlich begangene Illegalität sey dolus, und der Grund, warum eine Illegalität aus Sympathie gewöhnlich zur culpa gezählt werde, liege darin, weil bei solchen Handlungen gewöhnlich kein wissentliches Handeln stattfinde, wie besonders

L. 15. §. 1. de judiciis (5, 1.) [z])

zeige, wo dem Richter, welcher alles überlegen müsse, die gratia als dolus angerechnet werde. Allein die Gesetze in nota u rechnen absolut Handlungen aus Gefälligkeit und Mitleid bloß zur culpa lata. Bei dem Richter ist freilich die Sache anders. Denn ihm wird ja gerade das Vermeiden der Partheilichkeit zur heiligsten Amtspflicht gemacht, und so erscheint bei ihm eine Handlung aus Gefälligkeit als die erste Schande, während sich der Privatmann derselben in allen Ehren berühmen kann. Wieder eine neue Idee hat später ausgeführt

Löhr, Beiträge S. 34—48.

indem er behauptet, dolus finde statt, wo Jemand wissentlich positive schlechte Handlungen begehe; culpa lata aber, wo Jemand wissentlich ein ihm obliegendes facere unterlasse. Höchst unnatürlich ist nun diese Idee gewiß, z. B. wenn Jemand ein, in einen kleinen Graben gefallenes Kind, welches er leicht retten könnte, ertrinken läßt. Zwar beruft sich Löhr auf

L. 7. ad leg. Corn. de sicariis (48, 8.) [a]).

Allein vergleicht man nur noch

L. 1. §. 3. L. 3. §. 4. eod.

---

z) Judex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, se evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia, vel etiam sordes: ut verum aestimationem litis praestare cogatur.

a) In lege Cornelia dolus pro facto accipitur, ne in hac lege culpa lata pro dolo accipitur, quare si quis alto se praecipitaverit, et super alium venerit, eumque occiderit, aut putator ex arbore, cum ramum dejeceret non praeclamaverit: et praetereuntem occiderit: ad hujus legis coërcitionem non pertinet.

so ist es offenbar, daß auch wissentliches boshaftes Unterlassen mit zum dolus malus gehört, und daß in der Regel nur die Handlungen unter die culpa fallen, welche auf nachläßige Art, aber nicht mit dem Bewußtseyn der Illegalität begangen wurden.

Hasse, die Culpa des röm. Rechts. S. 99—111.

§. 251.

Ad voc. Die Nachläßigkeit kann sich auf mehrfache Art äussern.

Wenn Jemand fehlt, so kann er entweder sich darin versehen, daß er ein positives schlechtes Factum vornimmt, oder daß er ein ihm obliegendes gutes Factum unterläßt; daher die Eintheilung in culpa in faciendo und in non faciendo, welche die Gesetze auch anerkennen.

L. 1. de tutelae et ration. (27, 3.)
L. 91. pr. de verb. oblig. (45, 1.).

Manche beziehen nun auf jene Eintheilung die Worte culpa, custodia und diligentia, während die gemeine Theorie der Practiker nur Grade der Anspannung zu finden glaubte. Culpa soll nämlich auf den niedrigsten Fleiß gehen, custodia auf den etwas höhern, und diligentia auf den allerhöchsten Fleiß, wobei denn noch dazu Schöman auf Distinctionen gekommen ist, von denen erst in Zusatz zu §. 253. die Rede seyn kann. Allein man muß hier einen Mittelweg einschlagen, den das Compendium immer wählte, und welcher denn sehr ausführlich vertheidigt ist von

Hasse S. 1—157.,

den dann

Dabelon Handbuch 2. Bd. S. 273—524.

redlich abgeschrieben hat. Wenn man nämlich den ganzen Titel ad legem Aquiliam (9, 2.) vergleicht, wo nur davon gehandelt wird, wie man durch positive Handlungen fehlen könne, so findet man immer nur das Wort culpa gebraucht, aber nie diligentia. Der letzte Ausdruck kommt erst da vor, wo auch positiver Fleiß zu prästiren ist, nämlich bei den Contracten und was ihnen gleich steht, und in sofern kann man denn sagen: daß culpa auf omittere,

und diligentia auf facere geht. Allein dieß ist doch nicht so ganz absolut der Fall. Denn culpa begreift auch stets das Unterlassen des contractsmäßig positiven Fleißes, und umgekehrt diligentia die ganze negative und positive Thätigkeit, welche ein Contrahent zu leisten hat, wie die Gesetze in §. 251. nota c beweisen. Im ersten Sinn geht das Wort diligentia auch nur auf die höchste diligentia in abstracto, worüber in Zusatz zu §. 253. Nachträge zu geben sind.

Die custodia ist nur eine Art der diligentia, in sofern die letzte mit auf positives Thun geht.

L. 5. §. 9. commodati (13, 6.).

Folgendes ist darüber noch besonders zu bemerken:

1) Schon nach der Sprache bezeichnet custodia Aufsicht über eine Sache zu dem Zweck, daß derselben von Aussen kein Unglück widerfahre. Damit harmoniren auch die Gesetze in nota a. Zur custodia gehört also

A) daß man eine Sache gegen Verschlimmerung von Aussen zu schützen sucht. Schöman hat dieß zwar nicht glauben wollen; aber es steht an einem guten, ihm unbekannt gebliebenen Orte, nämlich in

L. 5. §. 22. in fine ut in possess. legat. (36, 4.),

und hat auch gewiß die Sprache für sich.

B) daß man den gänzlichen Untergang der Sache abwendet,

§. 5. I. de locatione (3, 25.)
L. 1. §. 4. de obl. et act. (44, 7.),

also der Entlauf eines lebendigen Wesens,

L. 5. §. 6. commodati (13, 6.),

das Entwenden und Rauben einer Sache,

L. 5. §. 4. L. 10. §. 1. eod.
L. 14. pr. §. 15. de furtis (47, 2.),

die Verjährung der Sache,

L. 1. §. 7. L. 2. usufruct. quemadmod. caveat. (7, 9.),

und die Vernichtung der Sache durch Feuer, Ruinen und Consumtion.

L. 11. de periculo (18, 6.)
L. 1. §. 4. de obl. et act. (44, 7.).

Hiebei hat

Löhr Theorie §. 12.

in Ansehung des Diebstahls diese eigene Meinung: Derjenige, dem custodia obliege, hafte auch dann wegen des Diebstahls, wenn dieser durchaus ohne seine Schuld geschehen sey, und zwar wegen

L. 14. §. 16. de furtis (47, 2.) [b])

L. 52. §. 3. pro socio (17, 2.).

Allein wenn man vergleicht

L. 27. §. 9. ad legem Aquiliam (9, 2.)

L. 14. §. 16. cit.

mit L. 14. §. 12. de furtis (47, 2.),

ferner L. 1. L. 4. Cod. de locatione (4, 65.)

mit §. 5. I. eod. (2, 24.),

und endlich

L. 15. 14. de periculo (18, 6.)

mit §. 3. I. de emtione (3, 24.),

so ist es klar, daß die Römer so raisonnirt haben: Wenn das Verderben einer Sache durch bloße Wachsamkeit hätte abgewandt werden können, wie z. B. der heimliche Diebstahl, so wird dieses Verderben dem custos zunächst zur Last gelegt. Doch kann er sich durch den Beweis eines unabwendlichen casus frei machen. Zwar blieb

Löhr Beiträge S. 163 — 202.,

durch Schöman bitter angegriffen, bei seiner früheren Idee, und fand gleich an

Glück 17. Bd. S. 143 — 151.

einen Anhänger des novissimi, aber dann wieder an

Hasse S. 420 — 473.

einen tüchtigen Widerleger.

2) Wer nach der Natur eines Geschäfts schon an sich zur custodia verpflichtet ist, also in dieser Beziehung

---

b) Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est, et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati, pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere, condictio autem ei demum competit, qui dominium habet.

Fleiß anwenden muß, aber wegen des reinen Zufalls nicht haftet, und nun dennoch besonders custodia verspricht, den behandeln die Römer, als ob er nun damit in Betreff des Entfliehens, des Stehlens und des damni injuria dati auch den casus übernommen habe.

§. 3. I. de emtione (3, 24.)
L. 55. pr. locati (19, 2.)

verglichen mit

L. 1. 4. Cod. eod. (4, 65.)
L. 35. §. 4. de contrah. emt. (18, 1.);

welches sich auch wohl begreift, da die Römer nach §. 53. nota q das Princip haben, man müsse bei Verträgen nichts Unnützes bei der Rede annehmen, also voraussetzen, daß der Redende bei jedem Ausdruck auch wirklich etwas Bestimmtes gewollt habe. Schon

Otto ad institutiones Lib. 3. tit. 24. §. 3.

hatte diese Idee, doch ging er zu weit, indem er das, was die Gesetze hier in Ansehung des am leichtesten abzuwendenden Schadens annehmen, auf allen möglichen casus bezog, wie es auch wieder

Schöman 1. Bd. S. 288 — 292. 2. Bd. S. 278 — 283.

gethan hat. Gegen die ganze Idee erklärte sich aber

Löhr Beiträge S. 195.,

dafür aber

Glück 16. Bd. S. 108. 109.,

und zweifelnd blieb in der Mitte stehen

Hasse S. 543 — 548.

3) Bei der custodia in dem vorhin unter Nro. 1. angegebenen Sinn kann der Bewachende mehr oder minder Anstrengung anzuwenden haben, und es gibt denn in sofern, wenn man auf die Anspannung sieht, auch Grade der custodia. Im Gegensatz von culpa bedeutet aber custodia oft den höchsten Grad der Anspannung bei Bewachung der Sache, und der niedrigste Grad wird dann schon mit dem Wort culpa angedeutet.

§. 3. I. quibus modis re contrah. (3, 15.)
§. 19. I. de obligat., quae ex delicto (4, 1.)
L. 10. §. 1. commodati (13, 6.)
Theophilus ad Inst. Lib. 3. tit. 24. §. 3.

§. 253.

Ad voc. **nimmt nur zwei Grade derselben an.**

Obgleich die römischen Juristen in dieser weit umfassenden Lehre nicht über alle Nebenpunkte einig waren, so scheint doch über die Grade der culpa im weitesten Sinn, und also auch ihrer Gegensätze, nämlich der custodia und diligentia, die herrschende Meinung unter ihnen gewesen zu seyn, daß es nur eine culpa lata und eine culpa levis gebe, welche letzte denn auch die geringsten Versehen mit befaßt, aber wieder verschieden seyn kann, je nachdem der Maaßstab nach menschlichen Kräften überhaupt, oder darnach genommen wird, wie weit das Maaß der Kräfte dieses Objects geht. Die Römer umschreiben das letzte durch diligentia, quam suis rebus praestare solet, die Neuern nennen es aber diligentia in concreto; das erste hingegen bezeichnen die Römer durch diligentia schlechthin im engsten Sinn; die Neuern aber durch diligentia in abstracto. Fast die ganze Schrift von Hasse ist der Vertheidigung dieser im Compendio immer gebilligten Theorie gewidmet, welche man die Donellische nennt, weil Donellus die ersten rohen Ideen dazu gab, ohne einen bedeutenden Anhänger zu finden, einen gewissen Le Brun abgerechnet, dessen Schrift Hasse recensirt hat in

Savigny's Zeitschrift 4. Bd. 2. Hft.

Die Practiker dagegen nahmen bei uns lange Zeit drei Grade der culpa an, nämlich lata, wenn man nicht thut, was schon nachläßige Leute zu thun pflegen; levis, wenn man nicht thut, was ein diligens, und levissima, wenn man nicht thut, was ein diligentissimus pater familias zu thun pflegt. Für die Lehre von der Prästation der culpa in Contracten nehmen dann die Practiker diese Regeln an: Wer bei einem Geschäft allen Nutzen hat, wie der Commodatar (§. 889.), der prästirt culpa levissima; wer keinen Nutzen hat, wie der Commodans (§. 890.) und der Depositar (§. 892.), der prästirt nur culpa lata; ist hingegen ein Geschäft, wie Kauf, Miethe und Pfandbestellung, beiden Theilen vortheilhaft, so prästiren sich beide culpa lata und levis, aber nicht levissima.

Zur Widerlegung dieser Theorie bemerke man nun Folgendes:

1) Die angegebenen Wirkungen jener Theorie sind juristisch unerklärbar. Wo sollte der Rechtsgrund liegen, daß der, welcher seinen Gegentheil bezahlt hat, nun doch mit demselben Complimente machen und ihm die Prästation aller culpa levissima erlassen müßte. Die Donellische Theorie ist dagegen ganz consequent, wenn sie sagt: Wer bei einem Geschäft allein verliert, also Schenker ist, der hat der Dankbarkeit wegen Ansprüche auf Schonung, und prästirt daher nur dolus und culpa lata; wer aber bei einem Geschäft gewinnt, es sey nun allein oder gemeinschaftlich mit seinem Mitcontrahenten, der hat auf keine besondere Delicatesse Anspruch, und prästirt so omnem diligentiam durch alle Grade der Spannung.

2) Wenn man sagt: Du sollst diligens seyn, und wenn man diesem diligens nicht noch ein diligentior oder diligentissimus als ein plus entgegensetzt, so bedeutet nach der Sprache das diligens den ganzen Fleiß; ungefähr wie bei uns auch Niemand den Befehl: Du sollst fleißig seyn, so übersetzen wird: Du darfst ein bischen unfleißig seyn. Nun aber verlangen die Fragmente in nota h Nro. a bei den Geschäften, wo die Praxis die culpa levissima nicht prästiren läßt, bald diligentia omnis, exactam diligentiam, qualem diligentissimus praestare solet, oder custodia et diligentia, während sie da, wo nach der gemeinen Theorie noch besonders culpa levissima zu prästiren wäre, häufig nur diligentia oder praestatio culpae fordern. Offenbar war ihnen also diligens und diligentissimus einerlei, und sie unterscheiden beide nicht als zwei Grade.

3) In den Fällen, da die Praxis culpa levissima erläßt, wird von den Gesetzen bloß der casus erlassen, und zwischen diligentia und culpa auf der einen, und casus auf der andern Seite, nichts weiter angenommen, was in der Mitte liegt, wie die Gesetze in nota h Nro. b beweisen.

4) Nach den Allegaten in nota h Nro. c unterscheiden die Römer, wo sie Grade der culpa einander entgegensetzen, niemals drei Grade, sondern nur lata und levis.

Nur in der einzigen

L. 44. ad leg. Aquil. (9, 2.) [c])

kommt einmal der Ausdruck culpa levissima vor; aber, was wohl zu merken ist, nicht im Gegensatz einer culpa levis. Das Fragment steht also um so weniger entgegen, da die Römer überhaupt den Superlativ, wenn er nicht einem Positiv und Comparativ entgegengesetzt wird, gar nicht superlativisch nehmen.

Sanctius, Minerva L. II. cap. 11. et
Perizonius ibidem.

5) Am entscheidendsten sind die Allegate in nota h Nro. d. Hier wird gerade von der praestatio culpae ex professo gehandelt, und dennoch unterscheiden die Juristen nicht drei, sondern nur zwei Grade der culpa, nämlich lata und levis, und setzen den, welcher allein allen Vortheil hat, mit dem, dessen Mitcontrahent auch Vortheile genießt, völlig gleich, indem sie nur zuweilen bemerken (wie sich gleich aufklären wird), daß oftmals diese zwei Grade nicht nach der subjectiven Fähigkeit des Contrahenten zu berechnen sind, sondern daß er diligentia im engsten Sinn, d. h. diligentia in abstracto, prästiren müsse. Gerade ebenso thut es auch

Theophilus Lib. IV. tit. 1. §. 9.

Es kommt also jetzt nur noch auf eine Widerlegung der von der gemeinen Meinung aufgestellten positiven Gründe an. Die Practiker berufen sich nämlich

A) auf

L. 13. §. 1. de pignor. act. (13, 7.) [d])
L. 19. Cod. de pignor. (8, 14.) [e]).

Allein das Wort custodia bedeutet hier nicht einen zweiten oder dritten Grad der culpa, sondern nach Zusatz zu §. 251. bloß eine abwehrende Thätigkeit.

---

c) In lege Aquilia et levissima culpa venit.

d) Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit.

e) Sicut vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse: ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

B) Mit mehr Schein stützt man sich auf

L. 23. de reg. jur. (50, 17.) [f]),

worüber viele Folianten geschrieben sind. Manche Ausgaben lesen hier: in his quidem et diligentiam, andere aber: in his quidam et diligentiam. Welches ist nun die richtige Leseart? Alles hängt hiebei zuerst von dem Wort diligentia ab. Will man nämlich darunter positiven Fleiß verstehen, so muß man lesen quidem, und nicht mit

Löhr Theorie §. 22. 23.

quidam. Denn alle vorher genannten Geschäfte fordern positiven Fleiß. In diesem Sinn würde also das Fragment für die Praxis nichts sagen. Man kann aber auch unter diligentia soviel verstehen, als diligentia in abstracto, im Gegensatz der diligentia in concreto, und dieser Sinn ist hier bei weitem der natürlichste, wobei man denn quidam lesen muß. Denn auf die gleich nachher genannte societas und rerum communio wird die diligentia nicht bezogen, und nach §. 254. nota u wird bei beiden bloß diligentia in concreto prästirt; von den acht Geschäften hingegen, worauf Ulpian das in his quidam et diligentiam bezieht, fordern Kauf, Commodat, pignus und negotiorum gestio diligentia in abstracto; hingegen dos und tutela nur diligentia in concreto (§. 451. 517.). Es ist daher auch gar nicht nöthig, mit

Löhr Beiträge S. 140 — 143.

durch willkührliche Kritik quaedam zu setzen, wobei auch offenbar nichts herauskommt.

Für drei Grade der culpa hat indeß wieder

Gensler de culpa pag. 11. 12.

---

f) Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt: quidam et dolum, et culpam dolum tantum, depositum, et precarium; dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio tutelae, negotia gesta; in his quidam et diligentiam; societas et rerum communio et dolum, et culpam recipit; sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestatur, hoc enim bonae fidei judicio contrarium, et ita utimur.

das Gesetz benützt, indem er gegen die in diesem Zusatz vertheidigte Interpretation einwendet, daß vermöge derselben das quidam auf sechs von den acht genannten Geschäften bezogen werde, welches doch für quidam zu viel sey. Dieser Einwand wäre unwiderleglich, wenn sich sagen ließe, daß quidam nur auf einige von Vielen zu beziehen sey. Allein quidam kann auch, wie unser Ausdruck „gewisse" auf viele gehen, und dieß zeigt auch der Anhang der L. 23. sonnenklar, wo das erste quidam nur auf zwei, das folgende aber auf zehn der nachher genannten Geschäfte bezogen wird. Man braucht daher auch nicht mit

Hasse S. 295—302.

die seltene Lesart: in his quidem et diligentiam, vorzuziehen. Denn dann geht der Satz nur auf negotia gesta allein, und wird damit eine unkluge Flickbemerkung, indem auch andere der vorhergegangenen Geschäfte diligentia in abstracto fordern.

Heidelberger Jahrbücher 1815. S. 947—950.

Indeß hat

Hasse in Savigny Zeitschrift Bd. 4. S. 208—215.

seine alte Idee nicht wollen fallen lassen, indem er gegen die obige Auslegung für den Nothfall eingewendet, man müsse das quidam wenigstens nicht durch „gewisse", sondern durch „etliche" oder „etwelche" übersetzen, wobei denn freilich von nichts weiter die Frage ist, als ob man schuldig sey, sich gerade gewisse holsteinische Redensarten gefallen zu lassen.

C) Ganz dasselbe gilt von

L. 5. §. 2. commodati (13, 6.) [g]),

---

g) Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum. Et quidam in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus dolum, in deposito; nam, quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus; nisi forte et merces accessit: tunc enim (ut est et constitutum) etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate: et

welche auch von Ulpian herrührt. Man bemerke darüber dieß: Ulpian untersucht, was der Commodatar zu leisten habe, und nun fragt er im Anfang, ob er culpa zu leisten habe, oder auch den casus prästiren müsse; seine Frage ist also nicht, ob er mehr culpa prästiren müsse, als die levis. Diese Frage beantwortet er nun durch Aufstellung der allgemeinen Theorie der culpa, wobei er wieder keine drei Grade unterscheidet, und wendet dann diese Theorie auf das in Frage stehende Commodat an, wobei er sich denn bestimmter dahin erklärt, daß dieß von der diligentia in abstracto zu verstehen sey, weil der Commodatar allen Nutzen habe; welche Nebenbemerkung richtig war, da bei den Geschäften, wo beide Theile gewinnen, wie z. B. bei der societas, zuweilen auch nur diligentia in concreto prästirt wird.

D) Besonderes Gewicht für drei Grade der culpa hat Schöman noch gelegt auf

L. 6. de jur. ignorant. (22, 6.) h)
L. 137. §. 2. 3. de verb. oblig. (45, 1.).

wo denn offenbar nichts weiter steht, als daß eine unnatürliche Ueberspannung von Niemand gefordert werden könne, womit augenscheinlich nicht gesagt ist, daß das Unterlassen dieser Ueberspannung eine culpa levissima sey. Bei der L. 6. citata kommt man übrigens mit jener Erklärung nicht ins Reine, wenn man mit den bisherigen Juristen, von denen sich auch Hasse nicht losmachen konnte, annimmt, daß hier der Jurist zwischen der culpa lata und der Ueberspannung noch eine in der Mitte liegende culpa levis zu unterscheiden habe. Offenbar ist das Gesetz dawider, und aus sehr natürlichen Gründen. Denn die Auskundschafterei ist bei factis alienis etwas

dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam.

h) Nec summa ignorantia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda, scientia enim hoc modo aestimanda est: ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas, satis expedita sit; neque delatoria curiositas exigatur.

Verhaßtes und Beleidigendes, und man braucht hier nur zu sehen, was von selbst in die Augen fällt; daher es denn hier hinter der culpa lata gar keine weitere culpa gibt.

L. 29. pr. mandati (17, 1.)
L. 19. in fin. de novat. (46, 2.).

E) Besonderes Gewicht hat Schöman noch auf

L. 54. §. 2. de acquir. rerum domin. (41, 1.) [i])

gelegt, um daraus drei Hauptgrade der culpa zu beweisen. Allein offenbar sagt der Jurist nichts, als: der bona fide serviens prästire (weil er allen Schaden hat) bloß die culpa lata (graviorem), nicht aber die levis, und so entscheidet gerade dieß Gesetz nur für zwei Arten der culpa.

Uebrigens hat Schöman in seinem Handbuch und seiner Schrift über Schadensersatz den höchsten Grad des Fleißes noch wieder subdividirt, und dabei die custodia bloß auf Schutz gegen gänzlichen Untergang bezogen, welches nach Zusatz zu §. 251. offenbar falsch ist. Dabei hat er noch eine wichtige Nebenbemerkung, welche von Vielen gebilligt ist, nämlich daß ein Contrahent, dem der höchste Fleiß erlassen ist, wie z. B. der Depositar, dennoch, wenn er positiv fehle, auch wegen der culpa levissima belangt werden könne, und daß nach

L. 1. §. 1. si mensor (11, 6.)
L. 18. §. 3. de donat. (39, 5.)
L. 41. §. 1. de re judic. (42, 1.)

nur für den Schenker eine Ausnahme stattfindet. Seinen Hauptsatz deducirt er so: Durch die actio legis Aquiliae kann man wegen jedes durch positive Facta verursachten Schadens klagen, und zwar nach

L. 44. ad leg. Aquil. (9, 2.);

auch wenn der Schaden culpa levissima geschah. Nun aber kann gegen einen positiv fehlenden Contrahenten ausser der Contractsklage auch die actio legis Aquiliae angestellt werden,

L. 34. §. 2. de obl. et act. (44, 7.),

i) Sed damnum dando, damni injuriae tenebitur; ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem, nec tamen levem, quam ab extraneo.

also muß sie auch wegen der geringsten Versehen stattfinden. Einverstanden mit dieser Idee hat Löhr für dieselbe noch citirt

L. 24. §. 5. soluto matrim. (24, 3.).

Allein man muß sich dagegen erklären. Die Hauptidee der Schömanischen Parthei ist daraus entstanden, daß man annahm, ein Contract, als solcher, binde die Partheien noch enger zusammen. Wer also die aquilische culpa in faciendo schon ausser dem Contract zu verantworten habe, der müsse noch mehr im Contract deßwegen haften. Allein gerade dieses Raisonnement ist verkehrt. Denn die Römer erlassen gewisse Grade des Fleißes nur aus zwei Gründen, entweder weil der Contrahent als Schenker, und allein belastet, Dankbarkeit verdient, oder weil seine Geschäfte mit denen des Andern zusammenfließen (§. 254. Nro. IV.). Beide Milderungsgründe passen aber auf das culpose facere und non facere. Auch entscheidet die oben erwähnte

L. 54. §. 2. de acquir. rerum domin. (41, 1.),

wodurch die unbestimmte

L. 13. pr. de liberali caussa (41, 12.)

näher zu bestimmen ist, ganz wider die Gegner, wie im Grund Hasse S. 302—306. zugibt, indem er will, daß wegen einiger geringer Versehen der bona fide serviens ganz frei seyn solle, weßwegen er auch die Lesart nec *tam* levem vorzieht, welche aber keinen Sinn gibt, da dann viel von der levis mit unter die lata fallen würde. Folgt man dagegen der Lesart nec *tamen* levem, so ist alles richtig. Dann ist nämlich der Sinn: der bona fide serviens, als der allein Verlierende, kann nur wegen grober, aber nicht wegen geringer aquilischer Versehen belangt werden. Die von Löhr noch angerufene

L. 24. §. 5. soluto matrim. (24, 3.) k)

---

k) Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri? Et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat, eum teneri hoc nomine; si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est, immoderatam ejus saevitiam hoc judicio coërcendam; quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coërcenda est, hoc est in dotalibus.

ist aber vielmehr gegen ihn, so sehr sie auch

Hasse S. 556 — 567.

zu Löhr's Vortheil aufzustutzen gesucht hat. Denn es ist hier von Sävitien, also von einem facere contra legem Aquiliam die Rede. Darüber sagt nun der Jurist nicht, daß der Mann, wenn das Wüthen seine Weise sey, dennoch deßwegen hafte, weil man es ihm schon selbst bei seinem eigenen Sclaven anrechne. Weiß man nun aus §. 254. Nro. IV., daß der, welcher nur ob diligentiam in concreto verpflichtet ist, dennoch stets culpa lata in abstracto prästiren muß, und gibt man zu, was man offenbar zugeben muß, daß Sävitien eine culpa lata in abstracto sind, so ist der Sinn jenes Fragments ganz klar dieser: Sävitien gegen die Dotalsclaven passiren dem Mann auf keinen Fall, weil sie eine grobe Schuld sind. Damit ist nun aber implicite gesagt, daß er nicht deßwegen haften würde, wenn darin keine culpa lata liege, und wenn das Wüthen seiner gewöhnlichen Handlungsweise gemäß sey.

Ganz zuletzt hat sich Schöman in seinen Fragmenten seiner eigenen Theorie lebhaft angenommen, aber auf eine wunderliche Weise, indem er in

L. 23. de reg. jur. (50, 17.)

bei dem in his quidam et diligentiam, das Wort quidam im Nominativ des Singularis nimmt, ungefähr wie wir wohl scherzweise von einem gewissen quidam zu reden pflegen, von welcher Art der Spaßmacherei aber die Gesetze nichts wissen. Sodann hat er auch noch besonders Gewicht gelegt auf

L. 18. §. 4. de damno infecto (39, 2.),

wo aber von drei Graden der culpa auch nicht ein Wort steht, wie Hasse S. 306—313. ausführlich entwickelt hat.

Zum Beschluß ist noch zu bemerken, daß in den beiden jüngsten Schriften von Elvers und Kritz wieder einige nova vorkommen, mit denen man ziemlich leicht fertig werden kann. Elvers behauptet nämlich, indem er fast nur einige hundert Gesetze wörtlich abdrucken läßt, das Wort diligentia habe bloß den Sinn, daß es bedeute, eine Person müsse etwas zu erwerben suchen. Er hat

aber nichts dafür als, daß manche Personen erwerben müssen; aber er hat kein Gesetz beibringen können, worin geschrieben steht, daß diligentia bloß auf das acquirere gehe. In der Schrift von Kritz ist die culpa levissima als ein separirtes tertium auch verworfen, und Neigung für die Donellische Theorie gezeigt. Allein den oben unter Nro. 1. angegebenen civilistischen Grund hat der Verfasser nicht einsehen können, und so reducirt er dumpf alles auf die hohle Regel: man müsse Alles bei jedem einzelnen Geschäft nach der individuellen Natur desselben abmessen. Dabei hat er noch gegen die diligentia in concreto, mit der sich die Gesetze bei mehreren Gelegenheiten begnügen, einen großen Widerwillen, ohne einzusehen, auf welchen guten Gründen hier die gesetzliche Milde beruht, worüber gegen ihn noch Manches zu erinnern seyn wird in den Zusätzen zu §. 254. nota u. §. 451. 517.

Von der culpa nach manchen deutschen Statuten hat auch noch gehandelt

Maurenbrecher, juris germanici de culpae doctrina. Düsseldorf 1827.

§. 254.

Ad voc. ein auf die Zukunft bezogener Vertrag.

Das Gegentheil dieses Satzes ist sogar von einem der besten Practiker behauptet, nämlich von

Leyser nota o cit.

Er meint nämlich, auch das auf den dolus futurus bezogene pactum de dolo non praestando sey wegen

L. 34. Cod. de transact. (2, 4.) [1]

gültig. Allein gerade in dem Fall dieses Gesetzes bezog sich der Vertrag auf einen dolus praeteritus. Auch sprechen gegen Leyser die Gesetze in nota o, so wie ganz natürliche Rechtsgründe. Denn dagegen ist nichts ein=

1) Cum donationis seu transactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis, nec unquam volentibus dolus inferatur: frustra de dolo quaerimini: nec ad implendum promissum, hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur.

zuwenden, daß Jemand für vergangene Sünden sich einen Ablaß zu verschaffen sucht, aber das Ablaßkaufen für künftige etwaige Schelmereien ist denn doch die offenbarste Niederträchtigkeit, und so gegen die allgemeinen Principien des §. 4. 154. Uebrigens ist das pactum de dolo praeterito non praestando nach der Meinung von Glück und Günther nota p cit. nur in sofern gültig, als der, welcher seinem Recht ob dolum entsagte, den dolus seines Gegners kannte. Allein aus den Gesetzen in nota p, worauf sie sich berufen, folgt augenscheinlich nichts weiter, als daß die bloß generelle Entsagung auf Schadensersatz, wobei der dolus nicht besonders erwähnt ist, eine nachherige Klage ob dolum nicht ausschließe, welches natürlich ist, weil man hier sagen kann, unter honetten Leuten werde der dolus nicht präsumirt; wenn also nicht davon geredet sey, so habe man auch nicht daran gedacht, also gehe jenes unbestimmte pactum nicht auf ein solches inopinatum. Hat dagegen Jemand specialiter seinem Recht ob dolum entsagt, so ist es einerlei, ob er ihn kannte, oder nicht, weil nach §. 154. auch den renunciationibus in omnem eventum ihre volle Wirksamkeit beigelegt werden muß.

Ad voc. er mochte nun einen Besseren verdrängen, oder nicht.

Es gibt Viele, welche mit dem Verfasser eines höchst finstern Buchs über die culpa, nämlich mit Wehrn de dolo etc. behaupten, der, welcher sich zu einem Geschäft aufgedrängt habe, müsse zwar den höchsten Fleiß in der Regel prästiren, es leide dieß aber nach den Gesetzen in nota t dann eine Ausnahme, wenn er einen Andern verdrängte, welcher recht faul und ungeschickt würde gewesen seyn; welches denn offenbar zu dem unsinnigen Satz führen würde, daß aus der Kraftlosigkeit des A ein Privilegium der Tölpelei für B entstehe. Allein zum Glück sagen die Gesetze nichts der Art, sondern ihr Beisatz, si alius diligentior poteret rem custodire, sagt offenbar nichts weiter als: der, welcher sich aufdrängte, ist wegen jeder Verwahrlosung der Sache verantwortlich, wenn es nur überhaupt möglich war, daß ein Anderer die Sache besser bewahren konnte, d. h. er prästirt diligentia in

abstracto, deren Wesen ja gerade darin besteht, daß man thut, was überhaupt Menschen zu thun vermögen.

§. 2. I. quib. mod. re (3, 15.)
L. 1. §. 4. de obl. et act. (44, 7.).

Ad voc. Als Regel kann man hier nur angeben.

Für diese Regel pflegt man gewöhnlich, mit Berufung auf

§. ult. I. de societ. (3, 26.)

den Grund anzugeben, daß man ja aus jeder communio willkührlich heraustreten könne, und in sofern, wenn man es nicht thue, den socius selbst wähle, mithin auch zufrieden seyn müsse, wenn er nur das leiste, was seine subjective Kraft mit sich bringe. Allein dieses Raisonnement ist sehr schief. Denn bei allen Contracten wählt man ja seinen Contrahenten, und so müßte sich hier alles bei Contracten in die diligentia in concreto auflösen, während doch ausgemacht, in der Regel von jedem Contrahenten summa diligentia in abstracto verlangt wird. Auch paßt jenes Princip nicht auf communiones, welche durch das Gesetz entstanden, dem andern condominus vorläufig nicht bekannt waren, und wo doch ebenfalls nur diligentia in concreto prästirt wird.

L. 25. §. 16. fam. her. (10, 2.).

Da die Gesetze den sociis bloß da die diligentia in abstracto erlassen, wo ihre Geschäfte durch einander laufen, also jeder auch in re proprio handelt, so ist die nachher im Compendio gegebene Erklärung weit natürlicher, und eben darauf wird auch in L. 25. §. 16. citata hingedeutet. — Am schlimmsten hat es hier

Kritz, S. 179—196.

gemacht, indem er gegen klare Gesetze und gegen natürliches Raisonnement von einer bloßen diligentia in concreto bei der societas und rerum communio ganz und gar nichts will.

Ad voc. dennoch stets diligentia in concreto zu leisten hat.

Dieser Satz steht klar in den Gesetzen der nota y, und ist auch ganz billig; denn wer für sich etwas kann und

thut, der muß es honetterweise auch für Andere thun. Dennoch hat sich

Glück, Bd. 15. S. 174.

indem er jenen einfachen Grund übersieht, gegen den Satz des Compendiums erklärt, während

Hasse, S. 237—240. 259—276.

wieder dafür ist. Indeß erklärt auch Hasse das Hauptgesetz, nämlich

L. 32. depositi (16, 3.) m)

sehr gezwungen. Nimmt man indeß darin das „nam" nicht als ratio des Vorhergehenden, sondern als eine bloß verbindende Partikel, wie unser „übrigens", in welchem Sinn es bei den Classikern mehr vorkommt, so ist hier alles leicht in die Ordnung gebracht.

Zweite Abtheilung.

Ueber das Object der Handlungen, nämlich Sachen.

§. 260.

Ad voc. diese herkömmliche Regel.

Die hier in §. 260. aufgestellten Distinctionen beruhen nach der Praxis auf diesen zwei Regeln:

1) Das accessorium nimmt immer die Natur der Hauptsache an. Ein accessorisches Recht ist also beweglich oder unbeweglich, je nachdem das Hauptrecht das eine oder das andere ist. So sind z. B. Capitalforderungen bloß beweglich. Ist nun dafür ein Pfandrecht bestellt, so ist dieß als accessorium auch nur ein mobile, gesetzt auch, eine Immobilie sollte versetzt seyn. Diese Ideen haben denn auch allgemeine civilistische Gründe für sich. Sodann nehmen die Practiker

2) die Regel an: persönliche Rechte sind immer beweg-

m) Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur; nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fidei minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.

lich, auch wenn dabei von einer Immobilie die Rede ist, weil bei juribus in personam zwischen dem Berechtigten und der Sache die persona obligata in der Mitte steht, und das nächste Object ist, Personen aber, als solche, kein immobile sind. Bei dinglichen Rechten verhält es sich aber anders. Denn bei diesen ist die Sache das unmittelbare Object des Rechts, und da kömmt es denn auf diese Sache an. Ist also bei dinglichen Rechten das Object ein mobile, so ist auch das Recht mobile, sonst aber immobile. Offenbar ist dieß nun ein betrübtes Raisonnement, weil nach Zusatz zu §. 61. das in rem und in personam nur das Absolute und Beschränkte andeutet. Allein wir haben hier nun einmal eine unbestrittene recepta sententia.

Was die nachher im Compendio erwähnten Gemeindeschulden betrifft, so werden sie von Manchen zu den Immobilien gezählt, größtentheils deßwegen, weil die wichtigsten universitates, nämlich Städte und Dörfer, an einen festen Ort gebunden sind. Allein dennoch muß man mit Andern diese Ansicht verwerfen. Denn, wenn man die persönliche Schuld eines Einzelnen deßwegen, weil hier das Object beweglich ist, zu den Mobilien zählt, so muß man dahin auch die Schuld einer universitas rechnen, weil ja bei dieser nicht die Stadt und das Dorf, sondern die aus Personen bestehende Gemeinheit das eigentliche Subject ist. Ob nun eine physische Person sich bewegen kann, darauf kommt gar nichts an, wie man ja auch noch nie behauptet hat, daß eine Personalschuld dadurch ein immobile ward, daß die Obrigkeit den Schuldner einsperrt.

§. 262.

Ad voc. **findet die merkwürdige Regel statt.**

Um diese Regel genau zu fassen, muß man sich an folgende Hauptsätze erinnern: das Eigenthum einer Sache berechtigt zu nichts weiter, als daß der Eigenthümer über diese seine Sache schalten, und sie von jedem Besitzer vindiciren kann. Besäße also A die Sache des B, und verkaufte sie dann der A an C, so würde B das pretium, welches A von C erhielt, von dem A nicht vindiciren können, weil dieß Geld nie sein Eigenthum war,

sondern er müßte nun seine Sache von dem jetzigen Besitzer C einfordern. Ebenso würde, wenn A die Bibliothek des B bisher besessen, und dazu allerlei Bücher nachgekauft hätte, der B, wenn er seine Bibliothek vindicirte, nur diese seine Bibliothek, aber nicht die nachgekauften Bücher fordern können.

Von diesen Regeln gibt es nun aber Ausnahmen. Denn

1) haben manche Personen das Privilegium, daß eine mit ihrem Geld gekaufte Sache von ihnen vindicirt werden kann, worüber im Zusatze zu §. 566. genauer gehandelt werden soll.

2) Bei universitatibus juris, wohin nach justinianeischem Recht nur noch Erbschaften gehören, ist überhaupt durch ein Senatusconsult unter Hadrian, dessen Gründe wir nicht kennen, eine Ausnahme gemacht, welche man gewöhnlich so auszudrücken pflegt: bei universitatibus juris gilt die Regel: res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei. Allein dieß ist zu absolut gesprochen, und gilt nur unter Modificationen. Wenn nämlich Jemand die, einem Andern gehörende universitas juris besitzt, und auf deren Herausgabe belangt wird, so unterscheide man:

A) Er hat Sachen angeschafft, es sey nun von seinem eigenen Geld, oder von Geldern der universitas. Dann können diese Sachen als Theil der universitas nur in sofern von ihm abgefordert werden, als er sie für dieselben anschaffte.

L. 20. pr. §. 1. de hered. petit. (5, 3.).

B) Er hat Sachen der universitas veräußert und Geld dafür eingehoben. Dann kann dieß von ihm abgefordert werden; die Veräußerung mag nun für die Masse geschehen seyn oder nicht; doch kann der bonae fidei possessor nur so weit belangt werden, als er sich reicher befindet.

L. 20. §. 6. L. 23. pr. eod.
L. 18. quod met. causs. (4, 2.).

§. 263.

Ad voc. untheilbar.

Das Compendium will hier in §. 263. dieß sagen: eine Untheilbarkeit kann im Object des Rechts liegen,

(z. B. wenn ein Sclave versprochen ist), oder im Recht, weil, auch wenn dessen Object theilbar ist, dennoch nach gesetzlicher Vorschrift das Recht ungetheilt nur von einer Person ausgeübt werden darf, wie z. B. nach canonischem Recht eine Kirchenpfründe immer ungetheilt nur einer Person verliehen werden soll. Wo also das Object untheilbar ist, da kann es doch Concurrenten pro rata geben (§. 215.), so wie Solidar-Verhältnisse (§. 225.); während da, wo im Recht die Untheilbarkeit liegt, das Object theilbar seyn kann, aber doch die Concurrenz ausgeschlossen ist, also dann die Principien der Collision (§. 118.) angewendet werden müssen. Dieser Sinn des Compendiums ist jetzt ganz mißverstanden von

Rubo, nota c cit.,

welcher sonst über Manches, was hier stricti juris obligationes betrifft, recht scharfsinnig gehandelt hat.

§. 268.

Ad voc. percepti.

Gewöhnlich unterscheidet man die fructus separatos und perceptos nicht von einander, obgleich dieser Unterschied klar in den citirten Gesetzen liegt und äußerst wichtig ist. Man nehme z. B. den Fall: A hat den Nießbrauch des Landguts des B. In der Nacht kommen Diebe, stehlen die Aepfel und tragen diese davon. Hier frägt es sich, kann A diese Aepfel von den Dieben vindiciren? Dieß muß man nun verneinen; denn nach den Gesetzen erwirbt der Nutznießer die Früchte nicht durch separatio, sondern erst dann, wenn er sie percipirt, d. h. abgetrennt, in seinen physischen Besitz gebracht hat. In dem gegebenen Fall kann mithin nur B als Eigenthümer des Bodens, dem die Früchte bis zur Perception des A gehörten, die rei vindicatio gegen die Diebe anstellen.

§. 269.

Ad voc. doch hat man es als Regel angenommen.

Um diesen Satz zu verstehen, erinnere man sich z. B. an die Regel, daß der Nießbrauch nicht auf die Erben geht (§. 622.), daß aber die vom Nutznießer percipirten Früchte dessen Erben zufallen. Nun nehme man den

Fall: A hat den Nießbrauch eines Hauses und einer Wiese; beide vermiethet er den 1. Januar 1780. Am 1. Juni, bis wohin der Miethsmann das Haus bewohnte, wo er aber die Wiese noch nicht gemähet hat, stirbt A. Hier erhalten nun seine Erben das Miethgeld vom 1. Januar bis 1. Juni, weil der Nutzen, wofür das Miethgeld erlegt werden soll, schon für so viel Monate percipirt war; von dem Pachtgeld hingegen bekommen sie nichts, weil die natürlichen Früchte, deren Surrogat das Pachtgeld ist, damals noch nicht eingeärndet, also noch nicht percipirt waren. Kleine Nachträge hiezu können erst im Zusatz zu §. 613. gegeben werden.

§. 273.

Ad. voc. selbst bei fungibilen.

Es gibt Mehrere, welche mit Thomasius l. c. behaupten, an rebus fungibilibus (§. 261.) könne man keine Affectionen haben, theils wegen

L. 3. de in litem jurejur. (12, 3.) n),

theils wegen der Natur der Sache, worüber hier Thomasius wunderlich philosophirt hat, indem er noch dazu res fungibiles und verzehrbare Dinge mit einander vermengt. Was nun die L. 3. citata betrifft, so gehört sie nicht hieher, weil sie von bloßen generischen Geldforderungen redet, wo denn allein deßwegen nicht von der Affection einer species die Rede seyn kann. Allein wenn es Thomasius für zulässig hält, daß man aus Liebe und verwandtschaftlicher Anhänglichkeit an der von einer Großmutter ererbten Commode vernünftige Affectionen haben kann, warum sollte man denn nicht auch einen besondern Werth legen auf einen Apfel, den man von einer schönen Cousine geschenkt bekam, daher ja auch bei uns die nach unserer Art beschenkten Junggesellen solche Aepfel, wie man zu sagen pflegt, auf das Tressor stel-

n) Nummis depositis, judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque quod sua interfuit: cum certa sit numerorum aestimatio; nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse, quid enim, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est.

len. Die Römer haben sich auch selbst gegen diese Thomasische Ansicht erklärt. Denn nach §. 998. gestatteten sie keine compensatio einer res fungibilis, wenn sie in specie zu restituiren ist, weil der, welcher sie zu fordern hat, gerade seine besondere Affectation haben kann. Mit diesem allem ist aber noch nicht gesagt, daß man sich die Affectationen kann bezahlen lassen, über welchen Punct im dritten Zusatz zu §. 275. das Nöthige gesagt werden soll.

§. 274.

Ad voc. freier unverschuldeter.

Es ist sehr gewöhnlich, daß man den ungerechten Schaden nur in damnum dolosum und culposum eintheilt, als ob es keinen freien unverschuldeten Schaden geben könne. Man nehme nun den in

L. 25. §. 2. ad SC. Trebell. (36, 1.)

vorkommenden Fall: A setzt den B zum Erben ein. In der Erbsmasse sind Sclaven, welche B als Erbe manumittirt. In der Folge findet sich ein versteckt gewesenes Codicill, worin A dem B aufgegeben hat, jene Sclaven nicht zu manumittiren, sondern an R herauszugeben. Hier war nun offenbar die Handlung des B frei, weil kein Instinct ihn fortriß, aber seine Handlung kann auch weder dolos noch culpos genannt werden, weil man sonst einen übermäßigen Fleiß von ihm fordern müßte, den Niemand zu leisten braucht. — Wie wichtig es ist, diese Art der Handlungen zu unterscheiden, wird sich gleich aus dem zweiten Zusatz zu §. 275. ergeben.

§. 275.

Ad voc. welcher eine gewisse, nothwendige.

Nach der Vernunft muß man behaupten, das der, welcher einen andern doloso oder culpose verletzte, alles zu vergüten hat, was er dem Andern entzog, also auch das erweißliche lucrum interceptum, und den ganzen übrigen gewiß zunehmenden Nebenschaden. Die in nota r citirten Gesetze sagen dieß auf das Bestimmteste. Vorzüglich entscheidend ist hier auch noch

L. 2. §. 8. de eo, quod certo loco (13, 4.)

wo gesagt wird, daß der, welcher eine pecunia trajectitia (§. 281.) nicht zur gehörigen Zeit in Ephesus zurückzahlte, dem Gläubiger die Strafe erlegen müsse, welche derselbe an andere zu bezahlen hatte, weil er das erwartete Capital nicht erhielt, also auch nicht weiter zahlen konnte, so wie den dadurch entzogenen Gewinn, si *solebat* merces comparare. Indeß gibt es hier zwei scheinbar widerstreitende Fragmente. In

L. ult. de periculo (18, 6.) o)

sagt nämlich Hermogenian: der Käufer könne von dem säumigen Verkäufer zwar Zinsen des Kaufpreises fordern, nicht aber den Gewinn, den er ohne die mora hätte machen können. In

L. 21. §. 3. de act. emti (19, 1.),

sagt ferner Paulus dasselbe, und setzt hinzu: wenn A dem B Waizen zu liefern habe, und nicht liefere, et ob eam rem die Sclaven des B verhungert wären, so könne B den Werth der verhungerten Sclaven nicht fordern. Die Mehrsten haben bisher mit Donellus die Fragmente am natürlichsten und nach der Analogie des Rechts so erklärt: der entzogene Gewinn werde hier von dem Juristen deßwegen nicht in Anrechnung gebracht, weil eine allgemeine Möglichkeit (das bloße potuit) noch nicht beweise, daß gerade diese Person diesen Gewinn würde gemacht haben, und bei den verhungerten Sclaven sey das gewöhnliche vorauszusetzen, nämlich, daß es mit gutem Willen auf andere Art leicht hätte abgewendet werden können. Diese Idee wird noch einleuchtender, wenn man sieht, daß in zwei Fragmenten desselben Titels, nämlich in

L. 1. pr. L. 30. §. 1. de act. emti (19, 1.) p)

---

o) Venditor, si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit: non omne omnino, quod venditor, mora non facta, consequi potuit: veluti si negotiator fuit, et pretio soluto, ex mercibus plus, quam ex usuris, quaerere potuit.

p) L. 1. Si res vendita non tradatur: in id, quod interest, agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris; hoc autem interdum pretium egreditur: si pluris interest, quam res valet, vel emta est. — L. 30. §. 1. Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris: etiam prius, quam evincatur, utiliter me ex emto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam

gesagt wird, von dem widerrechtlich handelnden Verkäufer könne das ganze Interesse gefordert werden, und dieß befasse nicht nur den innern Werth der Sache, sondern auch durchaus den ganzen Nebenschaden.

Es haben indeß diese beiden Fragmente wunderliche Theorien veranlaßt. Die eine ist von Baudius nota s cit., welcher will, daß der Nebenschaden in der Regel nicht bezahlt werde, und bloß für die pecunia trajectitia eine Ausnahme macht, wobei man denn weder die tolle Regel begreift, noch auch den Grund, warum gerade die pecunia trajectitia isolirt stehen soll. Auf eine andere Theorie ist Schöman nota s cit. gekommen, nämlich, daß man den Nebenschaden nicht zu vergüten habe, wenn man bloß eine persönliche Obligation erfüllen müsse, bei welcher wunderlichen Idee denn noch dazu vergessen ist, daß das mutuum den Empfänger zum Eigenthümer macht (§. 887. nota i). Ganz neuerlich hat nun auch wieder Gesterding nota s cit. mit der

L. ult. de periculo (18, 6.)

nicht recht fertig zu werden gewußt, und in der Noth durch Combination des letzten Fragments mit L. 2. §. 8. cit. diese mehr als frostige Regel gebildet: das lucrum interceptum muß in der Regel vergütet werden, jedoch nicht bei Geldschulden, ausgenommen, wenn ein bestimmter Zahlungsort verabredet war. Er gibt indeß selbst zu, daß jetzt auf allen Fall nach den Reichsgesetzen (§. 282. nota r) bei allen Geldschulden das volle Interesse liquidirt werden könne.

Ad voc. durch seine zufälligen.

Es gibt Mehrere, welche das Gegentheil dieses Satzes behaupten, und der Meinung sind, wenn z. B. ein furiosus schade, so dürfe der Verletzte aus dem Vermögen des furiosi seine Entschädigung fordern, theils weil der Scha-

---

esse factam, quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam, ut ejus faciat: quia tamen dolum malum abesse praestare debeat: teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit. Idem est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit.

den doch von dem furioso herrühre, theils weil es so entschieden sey in

L. 25. §. 2. ad SC. Trebell. (36, 1.)
L. 46. de obl. et act. (44, 7.) [q]).

Allein der erste Grund ist ganz hinfällig; denn nicht der Körper, sondern der Wille ist das rechtliche Subject, und was nicht von dem Willen eines Menschen ausgegangen ist, das wird gar nicht als factum hominis angenommen.

L. ult. de administ. tutor. (26, 7.).

Jene Gesetze beweisen auch nichts für die Gegner; denn L. 25. cit. spricht nach Zusatz zu §. 274. von dem freien Schaden, und L. 46. cit. ist durchaus nur von einem pubertati proximo (§. 231.) zu verstehen.

L. 5. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2.).

Zwar hat Diedemann nota z cit. sehr gegen die Theorie des Compendiums geeifert, besonders noch wegen

L. 151. de reg. jur. (50, 17.) [r])
L. 33. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2.) [s])
L. 45. §. 4. eod. [t])
L. 61. §. 5. de furtis (47, 2.).

Allein das erste Gesetz supponirt ein factum injuriosum, dessen ein furiosus nicht fähig gehalten wird. Eben dieß gilt vom zweiten Gesetz. Das dritte handelt dagegen von einem Fall, da der Thäter in culpa war, oder wenigstens frei handelte, und das letzte endlich setzt den Grund der

q) Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate; veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit, nam judicio communi dividundo obligabuntur.

r) Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.

s) In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.

t) Qui, cum aliter tueri se non possunt, damni culpam dederint innoxii sunt; vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt: sed si defendendi mei causa, lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero: tenebor lege Aquilia, illum enim solum, qui vim infert, ferire conceditur: et hoc, si tuendi duntaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.

Entscheidung namentlich darein, daß der mandans in culpa gewesen sey. Ganz sonderbar ist es aber, wenn Schöman l. c. den furiosus als Thier behandelt, und dann argumento legis 4. si quadrup. eine actio utilis de pauperie gegen ihn gestattet, über welche Idee selbst

Glück Bd. 10. §. 695. 700.

recht ungeduldig geworden ist. Endlich hat sich auch selbst Schöman, Fragmente S. 124. zum Rückzug entschlossen.

Ad. voc. eigentlich die Affectionen nie in Betracht ziehen.

Dieser Satz hat viele Anhänger, welche sich gewöhnlich berufen auf

L. 6. §. 2. de oper. servor. (7, 7.) [u])
L. 63. pr. ad leg. Falcid. (35, 2.) [x]),

aber daraus die entgegenstehende Theorie der Praxis, welche für den Fall des doli die Affectionen bezahlen läßt, nicht entkräften, indem jene Fragmente nicht gerade von dem Fall eines dolus reden. Für die Theorie des Compendiums ist aber ganz entscheidend

L. 33. ad leg. Aquil. (9, 2.) [y]),

zumal wenn man daran denkt, daß außer dem Contract auch die culpa levissima in faciendo zu prästiren ist, daß man hier gar keine Complimente zu machen braucht, und daß dennoch das Gesetz sagt, man könne sich die Affectionen nicht bezahlen lassen. Auch erwähnt dieß der Ju-

---

u) Item voluptatis, vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus, aut in deliciis habuerit.

x) Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.

y) Si servum meum occidistis: non affectiones aestimandas esse puto, (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles), sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum, non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redemturus sit; nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset; in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.

rist nicht als eine positive Vorschrift der Lex Aquilia, sondern er stellt seinen Satz raisonnirend auf. Die Gegner stützen sich zwar auf das Wort „infinitum“ in

L. 68. de rei vind. (6, 1.).

Allein ein Schaden kann ja auch ungeheuer groß seyn, auch wenn man ihn nach dem Marktpreis taxirt. Ebenso verkehrt ist es, wenn die Gegner sich auf

L. 54. pr. mandati (17, 1.)

berufen; denn hier steht nichts, als daß man sich einer Sache annehmen dürfe, wenn man bei ihr ein vernünftiges Interesse habe, keineswegs aber, daß man sich nach deren Untergang die Affectionen könne bezahlen lassen. Endlich ist es auch ohne Grund, wenn die Praxis sich noch auf

L. 2. Cod. de in litem jurejur. (5, 53.)

berufen hat. Denn hier steht nur, daß im Fall des doli der Verletzte durch sein eigenes juramentum in litem sein Interesse taxiren kann, womit noch gar nicht gesagt ist, daß er auch seine Affectionen mit in den Eid aufnehmen dürfe. Ganz aus der Luft gegriffen ist es aber, wenn Wehrn l. c. sagt, im Fall einer culpa levis brauche der Thäter nur das damnum positivum, aber nicht das lucrum interceptum zu bezahlen. Anfangs hat sich dieß

Glück Bd. 4. S. 333.

angeeignet, aber nachher ist er im

Bd. 12. §. 813.

auf bessere Ideen gekommen, indem er jedoch noch immer will, daß der dolosus die Affectionen bezahlen müsse. Auch Gesterding l. c. ist wider dafür, indem er jedoch nicht erwägt, was schon in Zusatz zu §. 103. ausgeführt ward, nämlich, daß das juramentum in litem kein Lügeneid ist, und daß also dabei dem Richter die Moderation freisteht.

§. 276.

Ad voc. actio triticiaria.

Ueber die condictio triticiaria ist unendlich viel geschrieben, und Noodt hat bekannt, daß er nichts davon verstehe. Erwägt man, daß die Römer gerne ihre Klagen durch schärfende Zusätze bezeichneten (Zus. zu §. 70.), so

ist hier alles klar. Baares Geld bedarf als solches keiner weitern Taxe, und heißt in sofern certum. Bei allen andern Dingen können aber Taxirungen nöthig werden, und in sofern heißen denn alle übrigen Dinge incerta. Wenn nun Jemand bei Anstellung einer Klage den Beisatz macht, er stelle an eine actio certi oder incerti, so ist damit der Richter gleich auf das Genaueste orientirt. Gieng nun eine condictio auf ein incertum, so nannte man sie condictio triticiaria, wahrscheinlich, weil der Theil des Edicts, wo von der condictio incerti gehandelt ward, mit dem Worte „triticum“ anfing. Die Willkühr hat hier indeß über den Grund des Namens: triticiaria, manche andere Conjecturen gewagt. Die geistreichste Idee hat nun Bartholus, indem er sagte, die Franziskaner dürfen kein Geld führen, sondern nur ein incertum in jenem Sinn, und ein Mönch dieses Ordens, Namens Triticus, habe gewiß der Klage ihren Namen verschafft; daher auch elegante Practiker diese Klage die Franziskanerklage zu nennen pflegen.

§. 277.

Ad voc. fungibiler Sachen.

Diese Beschränkung des Begriffs der Zinsen auf fungibile Dinge (§. 261.) scheint nicht recht zu passen zu

L. 17. §. 8. h. t. (22, 1.)
L. 24. Cod. eod. (4, 32.).

Allein vergleicht man mit dem ersten Gesetz

L. 5. de operib. publ. (50, 10.)

und mit dem letzten

L. 8. Cod. si cert. petatur (4, 2.),

so ist alles klar. In dem Fall des ersten Gesetzes waren nämlich nicht gewisse Statuten zur Herausgabe vermacht, sondern Gelder, welche der Fiduciar gehörig anzuwenden versäumte, und im zweiten Gesetz wird von einem Fall geredet, da res non fungibiles statt Geldes weggegeben war, und der Geber nun verlangen konnte, daß ihm bloß Geld als Darlehn zu restituiren sey.

§. 279.

Ad voc. usurae morae.

In Betreff der Verzugszinsen findet sich in den Ge-

setzen oft der Satz, daß sie officio judicis zuerkannt würden. Dieser Satz hat nun aber nicht den Sinn, daß der Richter ungebeten, ex officio auf Zinszahlung erkennen dürfe; denn ultra petita darf ja der Richter niemals erkennen. Der Sinn des Satzes ist vielmehr dieser: die Zinspflicht beruht im Fall der mora nicht eigentlich auf der Hauptobligation, sondern entsteht aus einer nebenbei wirkenden Billigkeit, welche jedoch der Richter (aber natürlich nicht ungebeten) ebenso berücksichtigen muß, wie eine auf dem strengen Recht beruhende Stipulationsobligation. Vortrefflich hat dieß ausgeführt

Noodt de foenore Lib. 3. cap. 1. Nro. 6.

Ad voc. der Fiscus hat das Vorrecht.

Die beiden Sätze, welche das Compendium hier über fiscalische Vorrechte aufstellt, sind klar in den nota z citirten Fragmenten enthalten. Aus Ehrerbietung gegen die reine Vernunft, von der freilich der römische Fiscus, wo von seinem Profit die Rede war, nicht gern etwas wußte, sind indeß jetzt Beschränkungen versucht in

Waldeck, Controversen-Entscheidungen Thl. 1. S. 143 — 154.

Der Fiscus soll nämlich usuras *legales* immer geben müssen, und wenn ihm ein vertragsmäßig erworbenes Zinsrecht cedirt wird, nicht von nun an 6 pCt., sondern nur so viel Zinsen, als der Cedent sich bedungen hatte, fordern können, von welchem allem leider in den Gesetzen nichts geschrieben steht.

Ad voc. Vom Augenblick der Uebergabe bis zur Zahlung.

Eine weitläufige Rechtfertigung dieses, in einzelnen Punkten bestrittenen, aber durch die Allegate in nota a klar bestärkten Satzes, hat

Glück Bd. 16. S. 134 — 144.

gegeben, wo auch mit ausgeführt ist, daß es kein gemeines Recht für sich hat, wenn manche die Waarenschulden eines Kaufmanns von der Regel ausnehmen, und die Zinspflicht entweder erst nach einem Jahr, oder erst vom Augenblick des überreichten conto eintreten lassen. Wo der Kaufmann auf Credit verkauft, wie es häufig

der Fall ist, wo Familien von Messe zu Messe auf Rechnung zu nehmen pflegen, da versteht es sich freilich von selbst, daß erst durch Zufertigung des conto die mora anfangen kann.

Ad voc. Die Erbschaftsklage in Ansehung der vor der Einlassung gezogenen Früchte abgerechnet.

Diese Sätze des Compendiums beruhen auf dem steifen Princip der Römer, daß nur Hauptsachen eine accessio haben können, nicht aber die accessio wieder eine accessio. Da nun Früchte bloß accessiones sind, so würde es der Regel: accessio accessionis non datur widerstreiten, wenn der Besitzer einer Sache, welcher von derselben Früchte percipirte, deren Restitution mit der Hauptsache ihm obliegt, von den Früchten wieder Zinsen erlegen sollte. Der Fall mit der Erbschaftsklage ist anders. Die Erbschaft wird nämlich nach Zusatz zu §. 262. als universitas juris behandelt, welche gleichsam anziehende Kraft hat, und in sofern gehört zu ihr alles als Haupttheil, was zu ihr ante litem contestatam hinzukam (§. 742.). Daher muß denn der malae fidei possessor alle ante litem contestatam gezogene Früchte nach

L. 51. de hered. petit. (5, 3.)

verzinsen, nicht aber die, welche er post litem contestatam zog, weil die litis contestatio das Hauptobject fixirt, und dann alles andere, was nachher hinzukommt, als bloße accessio behandelt wird.

§. 280.

Ad voc. so sind landesübliche Zinsen zu zahlen.

Die Frage, wie viel Zinsen zu erlegen sind, wenn bei einem Darlehen bloß unbestimmt Zinsen versprochen wurden, ist streitig. Die Praxis hat gewöhnlich angenommen, daß dann landesübliche Zinsen erlegt werden müßten, also z. B. im Süden von Deutschland bei einer Wechselschuld 6 pCt., und bei einer Hypothekarschuld 5 pCt. Dafür ist denn auch

L. 34. de reg. jur. (50, 17.)

ganz entscheidend. Manche haben dawider

L. 31. L. 41. §. 2. de usuris (22, 1.)

aber ohne Grund; denn beide reden von einem Vertrage, worin unbestimmt so viel Zinsen versprochen wurden, als der Contrahent schon bei einer andern Gelegenheit versprochen habe, und da ließ sich denn der Sinn des referens nur dadurch bestimmen, daß man sich nach dem Inhalt des relati umsah, wie wir ja überhaupt die Regel haben: referens nil valet absque suo relato. Man bedarf hier daher auch nicht des nüchternen Nothbehelfs von

Noodt de foenore Lib. 3. cap. 3.

welcher jene Gesetze ganz gegen ihren Inhalt dadurch vereinigen will, daß er das eine auf bonae fidei, und das andere auf stricti juris negotia bezieht.

§. 281.

Ad voc. wenn er beweist, daß sein Interesse sich höher beläuft.

Obgleich dieser Satz ganz den allgemeinen Principien des §. 67. gemäß ist, und klar bestärkt wird durch

L. 3. in lit. jurejur. (12, 3.) [z])

L. 2. §. 8. de eo, quod certo loco (13, 4.),

so hat ihn dennoch

Malblank nota k cit.

nach römischem Recht geläugnet und zwar wegen

L. ult. de periculo (18, 6.),

indem er zugibt, daß nach L. 2. §. 8. cit. der Satz des Compendiums, in Beziehung auf die pecunia trajectitia, wahr sey. Allein man muß ihn fragen, woher denn für eine solche pecunia ein singulare kommen sollte, und wo er mit den andern, vorhin angegebenen Gründen, bleiben will. Alles, was er für sich hat, ist

L. ult. de periculo (18, 6.)

und daß dieß Gesetz ganz anders zu erklären sey, ist schon im ersten Zusatz zu §. 275. gezeigt.

---

z) Nummis depositis, judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque quod sua intersit; cum certa sit nummorum aestimatio; nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse, quid enim, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est.

Ad voc. Verwalter fremder Geschäfte.

Es gibt Mehrere, welche diesen Satz bestreiten und behaupten, selbst nach dem neuesten römischen Recht brauche ein Administrator in diesem Fall nicht mehr als 6 pCt. zu zahlen; denn

L. 26. Cod. de usuris (4, 32.)

setze dieß als allgemeinen Maaßstab fest, und dadurch sey auf allen Fall das Pandectenrecht aufgehoben. Ohnehin sagten die Pandectenfragmente in nota p nicht einmal etwas von 12 pCt. (usurae centesimae), sondern sie sprechen bloß von usuris maximis, worunter man nach L. 26. Cod. cit. nur 6 pCt. zu verstehen habe. Allein diese Ansicht ist irrig. Als die Pandecten compilirt wurden, existirte L. 26. Cod. cit. schon, und darin werden 12 pCt. als die höchsten angegeben. Man muß also auch in den Pandecten unter usuris maximis 12 pCt. verstehen. Der Coder kann hier auch um so weniger den Pandecten derogiren, da diese hier für einen besondern Fall 12 pCt. erlauben, welches freilich nach der Regel der L. 26. Cod. cit. nicht behauptet werden konnte, und da es nach §. 39. Grundsatz ist, daß sich die Regel durch die neben sie gestellte Ausnahme muß beschränken lassen.

§. 282.

Ad voc. dennoch jener reichsgesetzliche allgemeine Maaßstab anzuwenden ist.

Es gibt Viele, welche behaupten, dieser Satz des Compendii sey zu verwerfen, und zwar wegen der in Zusatz zu §. 39. erläuterten Regel, daß ein jus singulare antiquum durch ein jus generale novum nicht aufgehoben werde, weßhalb man so sagen müsse: der reichsgesetzliche Maaßstab von 5 pCt. gilt zwar als Regel; wo aber Justinian erlaubt hat, 6, 8 oder 12 pCt. zu nehmen, da bleibt es nach wie vor bei diesen Singularien. Allein man muß dagegen behaupten, daß hier von der Anwendung der Regel des §. 39. gar nicht die Rede seyn kann. Als nämlich das römische Recht recipirt ward, da war es Princip der damaligen Reichsgesetze, daß man zufolge des canonischen Rechts alle Zinsforderungen für sündlich erklären, und in sofern nie zulassen müsse. Da-

mit war nun über diesen Punkt das römische Recht, so weit es Zinsen erlaubt, in allen Theilen aufgehoben. Erlauben nun wieder einheimische geschriebene oder ungeschriebene Gesetze gewiße Procente, so kann man in diese einheimische Regeln von dem römischen Recht nicht mehr eingreifen lassen, weil es nun einmal durch das canonische Recht und die ältern Reichsgesetze in allen seinen Theilen cassirt ward. Will man hier also die sogenannten Singularia des römischen Rechts noch wieder eingreifen lassen, so wird ein Todter wie ein Lebendiger benutzt. Soviel ist aber auf allen Fall klar, daß der gemeine Maaßstab von 5 pCt. nicht auf das nauticum foenus gehen kann, da dieß nicht bloße Zinsen enthält, sondern zugleich auch eine Assecuranzprämie; daher auch unsere Praxis, wie bei Assecuranzen, den sogenannten Zinsen oder Prämien keine Gränze zu setzen pflegt, und sich auf allen Fall nicht dadurch geniren läßt, daß Justinian für das nauticum foenus absolut nur 12 pCt. erlaubte.

§. 284.

Ad voc. nach der, freilich falschen Meinung Vieler.

Unter den Practikern hat auch

Leyser spec. 251. med. 2.

diese hier im Compendio getadelte Meinung für falsch erklärt, und zwar deßwegen, weil nach §. 275. Nro. II. Justinian verordnet habe: das Interesse solle das duplum nicht übersteigen. Allein auf diesem Wege kommt man nicht zum Ziele. Denn wenn vom Interesse die Rede ist, so kann in das Doppelte, was Jemand als Nebenschaden zu erlegen hat, auf allen Fall das Hauptobject, welches er restituirt oder restituiren soll, also hier das Capital, nicht mit eingerechnet werden, folglich würde nach Principien des Interesse das Maaß der Zinsen das Doppelte des Capitals übersteigen dürfen, während doch das Verbot der usurarum ultra alterum tantum nur dahin geht, daß der Lauf aufgeschwollener Zinsen sistirt wird, sobald sie die einfache Summe des Capitals erreicht haben. Dennoch aber läßt sich Leyser's Meinung aus andern Gründen leicht rechtfertigen. Denn die Zinsen sollen ja nur die Stelle des Interesse vertreten, wie dieß auch der

Deputationsabschied von 1600 §. 139.

ausdrücklich sagt. Daher erlaubt auch eben dieß Gesetz, mehr als 5 pCt. usuras morae zu fordern, wenn man ein größeres Interesse beweisen könne. Wo nun die Gesetze ein Maaß für die Zinsen bloß interimistisch als ein wahrscheinliches Surrogat des Interesse festsetzen, da kann man das erweisliche Interesse über das gesetzliche Maaß der Zinsen hinaus fordern. Allein wo das Gesetz weiß, daß man in der Regel ein höheres Interesse hat, und wo es dennoch, damit der Schuldner nicht erdrückt werde, überhaupt Zinsen zu nehmen verbietet, da liegt es auch im Geist des Gesetzes, daß man dasselbe nicht durch den Beweis eines höhern Interesse zu untergraben suche. Solche Gesetze sind nun aber offenbar die Verbote der usurarum ultra alterum tantum und der Zinsen von Zinsen.

Ad voc. keineswegs hinlänglich unterstützte Behauptung.

Eine allgemeine Praxis gibt es gewiß über diesen Punkt nicht, sondern nur so eine Art von Raisonniren, woran auch

Glück Bd. 21. S. 107 — 115.

Theil genommen hat. Weil ihm nämlich die Principien einleuchteten, welche im Zusatz zu §. 282. mit Recht vertheidigt sind, so will er sie hier auch anwenden, indem er sagt, das ganze römische Recht über Zinsen sey durch das canonische und altdeutsche Recht aufgehoben, also auch alles, was darin über die usurae ultra alterum tantum verordnet sey, und kein neues Gesetz habe hier das römische Recht restituirt. Allein man muß sich durchaus gegen diese Idee erklären. Denn das canonische Recht ist nun dem römischen zuwider, wo das letzte Zinsen erlaubt; wo dagegen schon das römische Recht Zinsen verboten hat, wie es bei den usuris ultra alterum tantum der Fall war, da sprechen die Päpste gern ihr bene fecisti aus. Dazu kommt nun noch, das das römische Verbot wahrscheinlich auf einem höhern Princip beruht, welches die Römer befolgten, und welches Princip das canonische Recht nirgends verworfen hat, nämlich auf dem Princip, daß es gegen den juristischen Anstand ist, wenn die accessio größer seyn sollte, als ihr Principale.

L. 44. pr. de aedilit. edicto (21, 1.).

§. 285.

Ad voc. z. B. von dem Vormund.

Das, was das Compendium hier über Vormünder sagt, ist nach strengen Principien richtig, hat aber, exegetisch betrachtet, manche Schwierigkeiten, welche erst in Zusatz zu §. 518. erwähnt werden können.

§. 286.

Ad voc. als erlaubt anzusehen.

Es gibt Mehrere, welche das Vorausbezahlen der Zinsen für unerlaubt halten, und zwar wegen der Worte interdicta licentia est in

L. 26. §. 1. Cod. h. t. (4, 32.).

Allein diese Stelle spricht von Wucherkünsten und solchen Fällen, da der Gläubiger unter anderm Titel so viel abzieht, daß nun ein foenus illicitum herauskommt. Verspricht also z. B. der Schuldner, welcher 5 pCt. geben dürfte, nur 3 pCt., und läßt sich der Gläubiger diese auch ein Jahr vorauszahlen, so ist gar nicht einzusehen, wo hier denn der Zinswucher liegen solle.

Ad voc. ipso jure verkleinert wird.

Man hatte bisher über diesen feinen Punkt zwei Haupttheorien. Einige sagten, wie es das Compendium mit Weber gethan hat, daß das Capital eo ipso im Moment der Zahlung quoad concurrentem summam durch die illegale Zinszahlung verkleinert werde, und für diese Idee sind denn auch die Worte „in sortem hoc imputare compelletur" in

L. 26. §. 1. Cod. de usuris (4, 32.)

ganz entscheidend. Indeß folgt freilich der Satz nicht aus allgemeinen Principien, indem, wenn das Capital noch rückständig bleiben darf, die Forderung und Gegenforderung nicht zugleich fällig ist, also nach den Principien der Compensation (§. 998.) die letzte hier nicht angenommen werden könnte. Der ganze Streit ist aber unnütz, weil, wie gesagt, Justinian verordnet hat, daß durch das gezahlte foenus illicitum das Capital eo ipso verkleinert werden solle.

§. 288.

Ad voc. mehrere Jahre.

Eine ganz neue Idee über diesen Punkt hat jetzt
Kritz nota g cit.
Weil nämlich in den Gesetzen der nota f von multos annos oder certos annos unbestimmt geredet wird, so soll man dieß bloß auf das vorliegende Factum beziehen, und eine gewisse Zeit gar nicht als Requisit fordern. Allein man muß sich gegen diese Idee erklären. Denn L. 8. Cod. cit. verlangt ein perseverare, und in L. 5. Cod. cit. stehen die Worte certos annos nicht in der Erzählung des facti, sondern in dem Rechtssatz, welcher die Entscheidung veranlaßte. Der Satz ist auch wohl begreiflich, da die Römer oft auf das Wiederholen besonderes Gewicht legen, aber das Maaß der Zeit dem richterlichen Ermessen überlassen.
L. 4. §. 4. quod cum eo (14; 5.)
L. 26. de probat. (22, 3.)
L. 1. Cod. de patria potest. (8, 47.).
Für die Gewißheit des Rechts wäre hier freilich eine feste Zahl recht erwünscht; daher denn auch die Practiker oft jene certos annos auf 3, 5, 10 oder 20 Jahre bezogen haben,
Glück Bd. 21. S. 68.;
welche letzte Idee auch wieder vertheidigt ist von
Baumann ad leg. 13. de usuris. Lipsiae 1827,
und zwar von diesem mit der ganz willkührlichen Nebenbemerkung, daß, wenn der Gläubiger ohne Protestation auch nur eine einzige Zahlung geringer Zinsen annehme, er sofort damit für dießmal das Recht auf höhere Zinsen verliere. Mit allem Grund widerstreitet er indeß dabei der Behauptung von
Gesterding Irrthümer S. 14.,
daß die (ganz allgemein lautenden) Gesetze in nota g ihr angenommenes stillschweigendes Remittiren nur auf die vergangenen, aber nicht auf die künftig fällig werdenden Zinsen bezögen. Die richtige Ansicht hat aber wieder vertheidigt
Unterholzner, von der Verjährung. Auflage 2. Bd. 2. S. 332 — 337.

§. 289.

Ad voc. Interusurium.

Die Lehre von dem interusurium kann practisch oft sehr bedeutend werden. Ein dahin gehöriger Fall kann bei Auctionen vorkommen, wenn der Eine eine kleinere Summe bietet als der Andere, jener aber sofort zahlen will, und der Andere erst in spätern Terminen, wo denn natürlich die Frage entstehen muß, wer im Grunde mehr geboten habe. Ein anderer Fall kommt vor in

L. 17. in fin. quae in fraud. cred. (42, 8.),

und ein dritter läßt sich denken bei Berechnung der Quarta Falcidia (§. 766.). Der Erbe kann nämlich, wenn er mit Legaten beschwert ist, dem Legatar im Fall der Ueberschwerung ein Viertheil abziehen; jedoch ist ihm dieser Abzug nicht erlaubt bei dem legato debiti, d. h. wenn der Testator dem Legatar bloß das legirte, was er ihm an sich schon schuldig war. Wird indeß bei dem legato debiti ein früherer Zahlungstermin durch den Testator angeordnet, so bekommt der Legatar dadurch Vortheile, welche ihm an sich nicht gebühren, und von diesen Vortheilen der frühern Zahlung kann allerdings nach §. 985. Nro. C die Quarta Falcidia abgezogen werden. Leider ist nun die Berechnungsart des interusurii sehr streitig. Zur Erläuterung der drei im Compendio erwähnten Rechnungsarten ist nun dieß zu bemerken. Man setze: A soll an B nach 20 Jahren 1000 fl. geben, welche ihm bis dahin unverzinslich geliehen sind. Gleich nach dem Anlehen wünscht A sofort durch eine Capitalzahlung die ganze Obligation aufzuheben, jedoch so, daß er nun durch die anticipirte Zahlung keinen Schaden leide, und B willigt dazu ein. Hier frägt sich nun: Was darf A hiefür vom Capital abziehen? Vorausgesetzt, daß die landesüblichen Zinsen 5 pCt. sind, antwortet Carpzov, er zieht dem B die landesüblichen Zinsen ab. Man nehme also, er zahlt schon im Jahr 1800, während er erst im Jahr 1820 hätte zahlen sollen. Hier zieht er also ab für das Jahr 1800 50 fl., und es bleiben also nur noch 950; von diesen zieht er für das Jahr 1801 wieder 5 pCt. ab, also $47\frac{1}{2}$ fl., wo ihm also nur noch bleiben $902\frac{1}{2}$ fl. Von diesen zieht er wieder ab für das Jahr

1802 seine 5 pCt. rc. Allein diese Computation ist absurd, da sie, wenn der Zahlungstermin weit hinausfällt, zu einem allmähligen Consumiren fast des ganzen Capitals führt. Weit passender ist schon die Rechnung von Hoffmann, welche so sagt: wenn A z. B. 1801 1000 fl. zahlen sollte, sie aber jetzt schon im Jahr 1800 zahlt, so muß dem B soviel Capital gegeben werden, daß er seine 1000 fl. voll hat, wenn er das Empfangene zu landesüblichen Zinsen von 5 pCt. benützt. A darf also nicht 50 fl. abziehen. Denn der Rest von 950 fl. wirft in einem Jahre keine 50 fl. Zinsen ab; er zieht vielmehr ab $47\frac{13}{21}$. Der Rest von $952\frac{8}{21}$ wirft dann gerade soviel Zinsen ab, daß B im Jahr 1801 seine vollen 1000 fl. hat, wenn er das Empfangene gehörig benutzt. Sollte hingegen A im Jahr 1820 zahlen, und zahlt er schon im Jahr 1800, so zieht er 500 fl. ab. Denn wenn B die übrigen 500 fl. 20 Jahre benutzt, so hat er dann seine vollen 1000 fl. Allein auch diese Rechnung ist mathematisch verkehrt. Denn die Zinsen, welche B im letzten Fall successiv vom Jahr 1800 — 1820 erhebt (und welche, weil er sie erhebt, in Ansehung seiner keine Zinsen sind, und also auch nicht unter das Verbot des Anatocismus fallen), kann er ja auch wieder verzinslich ausleihen, und so immer weiter die erhobenen Zinsen als verzinsliches Capital benützen. Hierauf beruht denn die Berechnung von Leibnitz, welcher sagt: dem Gläubiger braucht nur so viel gegeben zu werden, daß er am Ende des ursprünglichen Termins die ihm gebührende Summe voll hat, wenn er das, was er empfing, und alles, was er daran als Zinsen und Zinseszinsen erhob, mit zum Capital legt. Das einzige Schwierige in dieser Theorie, welches aber das mathematische Princip derselben nicht afficirt, ist der Umstand, daß man in vielen Ländern nicht mit Gewißheit ausleihen kann, besonders nicht in kleinen Summen, wo es denn also unbillig wäre, als verzinslich anzurechnen, was man doch am Ende nicht ausleihen kann. Dafür muß denn der Richter ex aequo et bono natürlich das Nöthige nachlassen, wofür sich aber kein weiteres Princip angeben läßt. In geldreichen Ländern, wo es schwer ist, Geld leicht und in kleinen Summen anzulegen, wird es viel betragen, wenig hin=

gegen da, wo das Geld selten ist, und bei öffentlichen Banken oder Spar- und Leihanstalten leichter angelegt werden kann. — Etwas Schlimmes bei der ganzen Sache liegt hier noch in den Gesetzen selbst, welche da, wo sie in einem einzelnen Fall von der Berechnung des interusurii reden, einmal die Carpzovsche, und ein anderesmal die Hofmannische Rechnung annehmen.

L. 3. §. 2. L. 88. §. 3. ad leg. Falcid. (35, 2.).

Das letzte will nun

Schrader nota * cit.

zur Regel erheben. Allein noch consequenter scheint es, wenn man sagt: für jene paar Fälle muß es zwar bei den disparaten Entscheidungen jener Gesetze bleiben; da sie aber keine allgemeine Regel aufstellen, so hindert uns nichts, in allen andern Fällen frei der Vernunft zu folgen.

Fünfter Abschnitt.

Ueber die Ausübung der Rechte und insbesondere über den Besitz.

§. 291.

Ad voc. **was alle Arten der factischen Ausübung eines Rechts zunächst interessant macht.**

Das Compendium hat hier über das Wesen und die Classification des Besitzes, dessen Begriff ganz neuerlich

Puchta im rheinischen Museum 3. Jahrg. 2. Hft. Nro. 17.

sehr künstlich zu construiren suchte, von jeher die einfachsten natürlichsten Ideen anzuwenden gesucht, und zwar diese: Man muß jedes Rechtsinstitut nach den Eigenschaften classificiren, welche sich als wesentlich und unveränderlich durch alle Theile desselben verbreiten, und in sofern das vorherrschende und wichtigste sind. Das wesentliche, generisch Bedeutende liegt aber überall in der Lehre vom Besitz in dem großen Gedanken, welcher die Basis aller bürgerlichen Sicherheit ist: der menschliche, nicht allwissende Richter kann das eigentliche Recht

und Unrecht im einzelnen Fall nicht sofort erkennen, und soll niemals mit der Präsumtion des Unrechts, oder wie die Practiker zu sagen pflegen, mit der Execution anfangen. Der bloße factische Besitzstand ist also von dem Richter provisorisch und im Zweifel heilig zu halten — und daher soll der Richter den Besitzer so lange in Ruhe lassen, als keine Rechtsgründe beigebracht sind, wegen deren ihm der Besitz genommen werden muß. Dieser Grundsatz gilt nicht bloß bei dem Eigenthumsbesitz, oder bloß bei dem Sachenbesitz, sondern er gilt überall, wo eine auf ein fortdauerndes Recht gerichtete factische Ausübung dieses Rechts stattgefunden hat, wie z. B. bei der Freiheit, Ingenuität, Civität, väterlichen Gewalt, Ehe und Gerichtsbarkeit. Wenn daher Manche nach dem Beispiel von Hofacker die Lehre von der possessio in den pars generalis des *juris rerum* stellen, so ist dieß zu beschränkt, weil die Besitzlehre, auch wenn sie sich am mehrsten nach Analogie der Principien des Sachenbesitzes ausbildete, dennoch einen viel weitern Umfang hat, und sich im Ganzen auf alle Rechte bezieht, also ihren eigentlichen Platz im pars generalis des ganzen Rechtssystems hat.

Ganz abweichend in dieser Hinsicht war immer Savigny in seinem Werk über Besitz, und auch zuletzt in der 5ten Ausgabe, Gießen 1827, welche von der 4ten nur in Kleinigkeiten abweicht, aber in den folgenden Zusätzen immer citirt werden soll. Savigny glaubt nämlich, der Besitz sey juristisch bloß deßwegen interessant, weil er Interdicte erzeuge (§. 312.) und zur Verjährung führe. Nur in dieser Verbindung sey auch die Lehre von der possessio im römischen Recht vorgetragen, wie die Stellung der Titel

D. L. 41. tit. 2.
Cod. L. 7. tit. 32.

ganz klar beweise. Wenn unser Compendium sage, für den Besitzer müsse im Zweifel gesprochen werden, so sey dieß keine besondere Folge des Besitzes, sondern nur Anwendung der höhern Prozeßregel, daß im Zweifel für den Beklagten gesprochen werden müsse. Die Lehre vom Besitz sey also nirgend, und nicht einmal in jure

rerum, als etwas Generelles zu behandeln, sondern nur als ein speciale, welches auf Verjährung und Interdicte einwirke, und in sofern bloß als Grundlage dieser beiden speciellen Lehren suo loco in dem pars specialis aufzunehmen sey.

Allein diese, oft nur als metus reverentialis, von Vielen gebilligte Ansicht läßt sich durchaus nicht rechtfertigen. Die systematische Stellung soll sich nie nach Zufälligkeiten richten, sondern nur nach dem Essentiellen, was durchherrschend ist, und was die Legislation als die eigentliche Hauptsache anerkennen muß. So wird z. B. kein guter Systematiker die Lehre von dem Eigenthum der Immobilien bei der Lehre von den Prozeßcautionen vortragen, obgleich es auf diese Cautionen Einfluß hat. Denn das Eigenthum hat im Wesentlichen eine viel höhere Bedeutung. Eben so auch hier. Die Verjährung ist nämlich eine zufällige Folge des Besitzes, und der Besitz würde seinen großen Charakter behalten, auch wenn eine Gesetzgebung von der Verjährung gar nichts wissen wollte. Dazu kommt nun aber, daß es nach §. 296., wie Savigny selbst einräumt, viele possessores gibt, welche, wie z. B. Diebe und Räuber, nicht usucapiren können, und denen dennoch die juristische possessio zugeschrieben wird, und mit Recht, weil ihr Delict erst das Resultat einer Untersuchung seyn kann, und weil man also in sofern auch ihren factischen Zustand provisorisch heilig zu halten hat. Diese Heiligkeit des Besitzes folgt auch nicht aus der Prozeßregel über die Begünstigung des Beklagten. Denn die praesumtio pro possessore gilt im Ganzen ausgemacht auch dann, wenn der Besitzer als Kläger seinen factischen Zustand zu vertheidigen sucht. Am wenigsten aber kann man den Besitz so in das System einschwärzen, daß man sagt: er ist für die Interdicte interessant. Denn eben, weil der Besitz an sich etwas Heiliges und Hochwichtiges ist, haben die Gesetze für den Besitz die Interdicte geschaffen. Sagt man also, der Besitz ist für die Interdicte erfunden, so ist es nicht ein Haar besser, als wenn man sagen wollte, die Völker sind für die Könige geschaffen, damit diese regieren können.

Die Verbindung im Corpus juris entscheidet hier ganz und gar nichts, weil, wie schon im Zusatz zu §. 7.

gezeigt ist, das sogenannte Pandectensystem gar nicht als System gelten kann, besonders auch noch deßwegen, weil darin die umfassendsten Lehren sehr oft bloß ad vocem einer sehr speciellen Lehre vorgetragen werden. Indeß war es natürlich, daß die Römer den Besitz gerade bei der Verjährung und den Interdicten abhandelten, weil der Besitz für beide Lehren den mehrsten Modificationen unterworfen ist, und weil der Unsystematiker von einer Lehre am liebsten da zu sprechen pflegt, wo er am mehrsten von ihr zu sagen hat.

§. 295.

Ad voc. vorzugsweise possessores.

Sehr häufig pflegt man die possessio so zu definiren, es sey die Detention einer Sache mit der Absicht, daß man sie als Eigenthümer besitzen wolle. Allein man hält sich dabei bloß an den Urbegriff, den die Gesetze sehr modificirt haben, ohne daß man diese Modificationen aus jenem Urbegriff ableiten kann. Die Römer haben nämlich die Hauptidee, daß nur der, welcher animo domini besitze, in eigener Person wegen statthabender Besitzstörung klagen könne, und daß alle die, welche nur vermöge eines juris in re aliena eine Sache detiniren, im Fall der Besitzstörung nicht für sich in dem Gericht auftreten, sondern den Schutz des Eigenthumsbesitzers, als ihres Principals, nachsuchen müssen. Dieses Princip, welches sehr zur Vereinfachung der Prozesse dient, und auch sonst bei den Römern befolgt ward (z. B. §. 323. nota o) ward indeß allmählig auf diese Art beschränkt:

1) Der Eigenthumsbesitzer kann an den Inhaber eines juris in re aliena seine possessio, also damit seine remedia possessoria abtreten. Darüber wird der folgende Zusatz noch mehr sagen.

2) Wenn Jemand Inhaber eines dinglichen juris in re aliena ist (Zusatz zu §. 61.), so pflegt zwischen ihm und dem Eigenthumsbesitzer nicht viel Zusammenhalt zu seyn, und daher ist es denn nach §. 308. den Inhabern solcher Rechte gestattet, daß sie, wenn sie in der Ausübung ihres Rechtes gestört werden, sich auf eigenen Namen durch Interdicte schützen können. Allein diese

sogenannte quasi possessio hebt nicht den Besitz des Eigenthumsbesitzers auf, und ergreift auch nicht die ganze Sache, sondern die Inhaber des juris in re aliena haben nur in sofern Klagrechte, als sie in der factischen Ausübung ihres Rechts gestört werden; daher sie auch nur juris quasi possessores heißen. Bloß der Faustpfandgläubiger wird nach den Gesetzen in nota m mit Ausschluß des Eigenthümers voller possessor. Man hat hierüber viel Ungesalzenes gesagt, und eleganter Weise — auch die alte fiducia eingemischt, gerade als ob Papinian und Paulus so einfältig gewesen wären, es für nothwendig zu halten, von einem Geschäft, welches das Eigenthum überträgt, auf ein anderes, welches dieß nicht thut, zu schließen. Die Sache ist aber sehr einfach. Das Faustpfand geht nämlich vom Mißtrauen des Gläubigers aus, welcher den Wolf nicht gern zum Hirten machen will, und da erfordert es denn eine consequente Durchführung der Ideen vom Faustpfande, daß man den Verpfänder zwingt, die Hände aus dem Spiel zu lassen, und daß man den Gläubiger für alle Fälle unter seinen eigenen Schutz stellt. Allein wenn der Verpfänder während des Pfandnexus durch usucapio Eigenthümer einer verpfändeten res aliena wird, so ist dieß für den Pfandgläubiger ein Gewinn, und da lassen denn auch die Gesetze den Verjährungsbesitz bei dem Verpfänder. So ist hier denn der Pfandgläubiger possessor im eigentlichen Sinn, d. h. ein detentor, welcher ausschließlich alle remedia possessoria auf eigenen Namen hat, aber Niemand kann sagen, daß er animo domini detinire.

Da wir hier nun einen ursprünglichen Hauptbegriff und neuere davon abweichende Modificationen haben, so ist es ganz unmöglich, in einer Definition anzugeben, in welchen Fällen überall eine eigentliche juristische possessio stattfinde. Man hat hier indeß nach absoluten Definitionen gestrebt, und ist dabei denn natürlich ziemlich in die Irre gekommen. Während nämlich

Guyet Abhandlungen Nro. 6.

sagt, jeder sey Besitzer, welcher vermöge eines rechtlichen Willens eine Sache detinire (eine Definition, wodurch alle detentores nomine alieno, welche ausgemacht nicht

possessores sind, zu possessoribus erhoben werden), hat fast gleichzeitig

Schröder in Linde's Zeitschrift 2. Bd. 2. Hft. Nro. 7.

allen abgeleiteten Besitz geläugnet, und zur juristischen possessio absolut einen animus domini verlangt; welches er aber dadurch nur herausbringen konnte, daß er in Beziehung auf den Besitz der Inhaber eines dinglichen juris in re aliena alles auf eine Art von Eigenthumsbesitz hinüberzukünsteln suchte. Gegen Schröder hat sich nun auch erklärt

Warnkönig im Archiv für civil. Praxis 13. Bd. 2. Hft. Nro. 9.,

indem er jedoch wieder nach einem abstracten Urbegriff der possessio strebt, und damit auch die Modificationen zu ergreifen sucht, während er hätte sagen sollen: man verließ allmählig etwas den ersten Begriff, und gab manchen Personen die remedia possessoria, welche nicht animo domini detiniren.

Ad voc. wenn der Concedent ihm die possessio.

Das Umgekehrte dieses Satzes hat Savigny immer behauptet, nämlich daß der Empfänger eines precarii (§. 898.) im Zweifel die possessio erhalte. Allein die Gesetze sagen das Gegentheil, wie es auch

Schröder nota o cit.

jetzt zugegeben hat. Nach

L. 2. §. 3. de precario (43, 26.) [a])

gibt es eine doppelte Art des precarii, wenn man sich nämlich entweder unbestimmt allgemein die Sache erbittet, oder nur deren Gebrauch. Thut man das erste, bittet man also um das Ganze, mithin implicite um die possessio, so erhält man den Besitz;

L. 4. §. 1. L. 6. §. 4. eod. [b])

L. 21. §. 3. de acquir. vel amittend. poss. (41, 2.)

sonst aber nicht.

---

a) Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere, aut uti liceat.

b) Lex 4. §. 1. Meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere.

L. 10. §. 1. eod.

L. 6. §. 2. de precario (43, 26.) [c])

wenn man sich nicht namentlich dazu noch die possessio ausgebeten hat.

L. 12. pr. L. 15. §. 4. L. 17. eod.

Der Inhaber des precarii bekommt also nur dann die juristische possessio, wenn sie ihm implicite oder ausdrücklich abgetreten ist. Es ist dieß auch ganz natürlich. Denn warum sollte gerade das precarium die possessio übertragen, da es doch sonst so wenig Rechte ertheilt?

Da übrigens die Uebertragung der possessio auf den Faustpfandgläubiger durch Vertrag entsteht, ebenso bei dem precario und ebenso nach nota n bei der Sequestration, auch nach allgemeinen Grundsätzen jeder seine Rechte, also auch seine possessorischen Rechte veräussern kann, so hat das Compendium mit Recht eine vertragsmäßige Abtretung der juristischen possessio allgemein zugelassen, wie es auch die Praxis immer that, deren sich jetzt auch

Schröder nota o cit.

angenommen hat. Dennoch hat Savigny jene allgemeinen Grundsätze und Analogien nicht beachtet, und immer behauptet, die possessio könne in der Regel nicht abgetreten werden, weil wir für die Zulässigkeit der Abtretung im Allgemeinen kein besonderes Gesetz hätten. Allein wir haben ja dafür die Hauptregeln der Cession, und, wie gesagt, bei dem Pfande, dem precario und der Sequestration gute gesetzliche Beispiele, welche wir uns hier, wie überall, zum Muster machen müssen, vorzüglich da sich gar nicht begreifen läßt, wie die Römer für das precarium und die Sequestration zu einer Singularität hätten kommen sollen.

§. 296.

Ad voc. possessio naturalis und civilis.

Savigny sagte in der ersten Ausgabe seines Werkes so: Der positive Ausdruck possessio civilis bezeichnet den

c) Is, qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum, qui concessit remanet; nam et fructuarius (inquit) et colonus, et inquilinus sunt in praedio: et tamen non possident.

Verjährungsbesitz, und der negative Ausdruck: civiliter non possidet, sagt bloß, daß Jemand den Verjährungsbesitz nicht habe, wobei denn im Uebrigen der Besitz nicht geläugnet ist, namentlich auch nicht der Besitz ad interdicta. Der Verfasser des Compendii bewies dagegen in einer Abhandlung de naturali et civili possessione, daß das negative civiliter non possidet oft auf eine Abläugnung des ganzen Besitzes gehe. Darin gab denn auch Savigny gleich nach, und so entstand eine Mitteltheorie, bei der nun Savigny stets blieb, und welche auch in unserem Compendio aufgestellt ist; jedoch in nota r mit der Andeutung, daß wohl noch eine bessere Theorie zu erwarten sey. Die neuen Ideen von Savigny gehen nun dahin: Das römische bürgerliche Recht, d. h. dasjenige, welches nicht natürliche Vorschriften bloß bestätigt, sondern eine reine Willkühr ausspricht, kann doppelt thätig seyn, theils indem es etwas destruirt, was natürlich vorhanden ist, theils indem es etwas positiv setzt, was naturrechtlich nicht existirt. Wird nun

1) etwas rein Bürgerliches gesetzt, so muß man positiv davon sagen, es sey civiliter da, wie z. B. der Ausdruck, daß hier eine obligatio civilis vorhanden sey, andeutet, daß hier das reine willkührliche Recht eine obligatio geschaffen habe. Finden wir also, daß die Römer bemerken, Jemand habe eine possessio civilis, so muß dieß heißen: Er hat eine mit rein bürgerlichen Wirkungen verknüpfte possessio. Da nun unter allen Wirkungen des Besitzes bloß die Verjährung als rein bürgerlich betrachtet werden kann, so muß possessio civilis den Usucapionsbesitz bedeuten. Nicht alle Besitzer haben einen solchen Verjährungsbesitz, auch wenn sie die eigentliche possessio quoad interdicta haben, und von diesen sagen denn die Römer, daß sie civiliter nicht besitzen, wie z. B. Diebe, Räuber und illegal beschenkte Ehegatten. Wenn nun von diesen gesagt wird: civiliter non possident, so ist ihnen damit nicht aller Besitz, sondern nur der Verjährungsbesitz abgeläugnet, wie die Gesetze in nota y. z. beweisen.

2) Das rein bürgerliche Recht ist aber auch in sofern civile, als es etwas ganz zerstört, was natürlich da ist, und da kann man denn sagen, daß das zerstörte civiliter

gar nicht da seyn, wie z. B. der Ausdruck in diesem Sinn bei vernichteten Obligationen nicht vorkommt.

L. 1. §. 1. si mensor (11, 6.)
L. 14. de obl. et act. (44, 7.)
L. 32. de reg. jur. (50, 17.).

Eben diesen allgemeinen Sinn hat denn auch in mehreren Fällen der Ausdruck civiliter non possidet nach den Allegaten in nota x, wo denn dadurch nicht bloß die possessio civilis, sondern aller Besitz abgeläugnet wird. Das Resultat ist also: der positive Ausdruck possessio civilis bezeichnet stets nur den Verjährungsbesitz; das negative civiliter non possidet hat aber den doppelten Sinn, daß es bald nur den nicht existirenden Verjährungsbesitz, bald aber die Miteristenz des ganzen Besitzes andeutet. Gegen diese Theorie existirt bei Erb, aus dessen Feder eine geschriebene Abhandlung, welche höchst bedeutende Gründe für sich hat, und in der Hauptsache dahin geht: possessio civilis bedeutet stets die eigentliche possessio, d. h. den von den Gesetzen in Beziehung auf alle Interdicte wirksam anerkannten Besitz (§. 295.), und civiliter non possidere bezeichnet stets das Gegentheil dieses Besitzes, ungefähr als wenn wir sagten: unser positives Recht hat einen Besitz anerkannt, oder es hat ihn nicht anerkannt. Für diese neue Idee ist schon entscheidend

L. 2. §. 1. pro herede (41, 5.).

Denn das caussam possessionis mutare heißt: einen schlechten Besitz in einen bessern verwandeln,

L. 33. §. 1. de usurpationibus (41, 3.).

Dieß ist aber bei dem Usucapionsbesitz im Ganzen unmöglich, weil dieser schon einen guten titulirten Besitz voraussetzt, und weil in der Lehre von der possessio ein Besitz ex justa caussa schon an sich das höchste und beste ist. Es muß also eine possessio civilis geben, welche nicht zur Verjährung führt, und dieß ist bei der eigentlichen possessio oft der Fall, wie z. B. Diebe und Räuber im Ganzen, und namentlich auch quoad interdicta als possessores gelten, und doch nicht usucapiren können. Ebenso ist gegen Savigny's positiven Begriff der possessio civilis die Entscheidung in

L. 3. §. 15. ad exhibendum (10, 4.) [d]).

Denn die actio ad exhibendum (§. 578.) hat mit der Verjährbarkeit einer Sache ganz und gar nichts zu thun, und nur das kann dabei in Frage kommen, ob sie auch gegen den stattfindet, welcher die juristische possessio nicht hat, und bloß nomine alieno detinirt. Dieß wird denn in jenem Fragment bejaht, weil ein solcher detentor doch die Sache detinire, also die facultas exhibendi habe. Daß dabei des Pfandgläubigers besonders gedacht wird, kann nicht den Grund haben, weil ihm ein Verjährungsbesitz fehlt, sondern weil zwischen ihm und dem Verpfänder nach dem Zusatz zu §. 295. die Besitzrechte getheilt sind, wo denn die eigene Frage entstehen konnte, inwiefern hier auf der einen Seite ein Uebergewicht liegen möge. Dabei ist es gewiß gewaltsam, wenn hier Savigny das denique (übrigens) so übersetzen will, als ob der Jurist nur für seinen letzten Satz ein Beispiel geben wolle, in welchem Sinne das denique niemals vorkommt.

Johannsen, de usu atque vi particulae „denique“. Heidelberg 1828. pag. 14—21.

Auf keinen Fall entscheidet für Savigny's positiven Begriff der possessio civilis das Gesetz, worauf er so großes Gewicht legt, nämlich:

L. 1. §. 9. 10. de vi (43, 16.) [e]).

Denn dieß Gesetz sagt nicht, die beschenkte Ehefrau (welche nicht verjähren kann) habe doch als possessor naturalis das Interdict, sondern der Mann habe es auch, wenn die Frau, nicht aber wenn ihr Pachter entsetzt sey; gewiß deßwegen, weil der Mann sich alle seiner Frau widerfahrende Unbilden zu Gemüthe führen darf.

---

d) Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum: non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

e) L. 1. §. 9. Dejecitur is, qui possidet: sive civiliter, sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. — §. 10. Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit: poterit interdicto uti, non tamen si colonus.

L. 2. L. 7. §. 7. de injuriis (47, 9.).

Es hat dieß also mit der possessio naturalis nichts zu thun, sondern ist nur eine Eigenheit, indem sonst die Interdicte nur demjenigen zustehen, welcher selbst entsetzt oder turbirt ist. Sagt man nun hiernach, daß civiliter possidere nichts weiter heißt, als der Besitz dieser Person wird durch das bürgerliche Recht als wirksam anerkannt, also namentlich quoad interdicta, so ist dieß auch ganz sprachgemäß, selbst wenn man annehmen will, daß die sehr singulairen summarischen Interdicte ein Product des juris gentium sind. Denn die Römer sagen auch, daß etwas juris civilis sey, wenn eine positiv rechtliche Sanction das anerkennt und bestätigt, was sich schon an sich aus dem jure gentium ableiten ließe.

Cic. offic. L. 3. cap. 17.
Collatio legum mosaicarum tit. 6. §. 2.
L. ult. de ritu nuptiarum 23, 2.).

Uebrigens hat Savigny noch besonderes Gewicht für seine Theorie auf

L. 26. pr. de donat. inter virum (24, 1.) f)

gelegt, aber wieder ohne Grund. Es kommt hier folgender Fall vor: der Ehemann A macht seiner Frau B gegen die Principien des §. 432. ein illegales Geschenk, in der Art, daß er seinem Schuldner X aufgibt, eine Sache, welche dieser an ihn, den A, auszuzahlen hatte, an die B zu geben, worauf auch X die Zahlung an B bewirkt. Hier sagt nun Paulus, der X sey im Verhältniß zu A liberirt, licet illa (die B) jure civile possidere non intelligatur. Dieß dreht nun Savigny so: die Frau ist gewiß possessor ad interdicta, aber nicht ad usucapionem, also kann auch Paulus nicht auf mehr als einen, der Frau fehlenden Usucapionsbesitz deuten. Allein nach dieser Idee wäre hier Paulus ganz und gar nicht zu begreifen. Denn ist der beschenkte Gatte juristischer possessor, was hat hier denn die fehlende Usu-

f) Si eum, qui mihi vendiderit, jusserim eam rem uxori meae, donationis caussa, dare, et is possessionem jussu meo tradiderit: liberatus erit, quia licet illa jure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat.

capionsfähigkeit der B mit der Frage zu thun, ob X, ungeachtet er gezahlt hatte, dennoch von A belangt werden könne? Die Sache ist vielmehr einfach diese: unter den römischen Juristen war Streit darüber, ob der beschenkte Gatte überhaupt possessor werde, welches Einige behaupteten, weil eine verbotene Schenkung eine Nullität sey. Allein Andere, namentlich Paulus und Ulpian, sagten consequenter: der beschenkte Gatte besitzt zwar nicht pro donato, aber doch besitzt er so gut, wie Diebe und Räuber, pro suo, weil zur juristischen possessio im allgemeinen kein justus titulus gehört.

L. 46. eod.
L. 1. §. 4. L. 16. de possessione (41, 2.).
L. 1. §. 2. pro donato (41, 5.).

Die Parthei nun, welche hier den ganzen Besitzerwerb der Frau läugnete, konnte in dem Fall der

L. 26. pr. cit.

sagen: wenn die B gar keine possessio durch Schenkung erwarb, also der X den Besitz nicht an die B übertrug, so kann auch X nach wie vor als Schuldner des A von dem letzten belangt werden. Allein darauf replicirt nun Paulus so recht ganz in seiner geistreichen lakonischen Art: auch wenn man annimmt (licet), daß die B hier jure civili gar keine possessio bekomme, so ist doch der X frei, weil er nun einmal auftragsmäßig die Sache aus seinem Besitz gebracht hat, und also sein mandans nichts mehr von ihm holen kann. Paulus läßt hier also die obige Streitfrage über die possessio der Frau dahin gestellt seyn und bedient sich eines Arguments, wogegen Niemand etwas sagen konnte, er mochte nun die erste oder zweite Theorie annehmen.

Thibaut, civilist. Abhandlungen S. 337—344.

Daß man hier jenes licet auf die oben angegebene Art ganz sprachrichtig nehmen könne, hat nun auch zugegeben

Savigny, 5te Aufl. S. 269. in notis.

Gegen die obigen Ideen von Erb, von denen unter der Hand Manches bekannt geworden ist, hat sich übrigens

Savigny, 3te Aufl. S. 54—60.

im Voraus nebenbei erklärt, und so auch in den beiden letzten Ausgaben seines Werks. Er bemerkt nämlich:

a) die Regel: nemo caussam possessionis ipse sibi mutare potest, sey bloß auf die Beschränkung einer frühern Sonderbarkeit gerichtet, von der man erst jetzt aus dem neuen

Gajus L. II. §. 52—58.

etwas erfahren, nämlich zur Beschränkung des sonderbaren Satzes, daß Jemand auch in mala fide sehr schnell fremde Erbschaft usucapiren konnte. Allein jene ganze Sonderbarkeit fiel ja später weg, und doch wird im corpus juris jenes nemo caussam possessionis ipse sibi mutare potest nachdrücklich eingeschärft (§. 307. nota l); also haben wir hier eine alte allgemeine Regel, welche weit über jene alte Sonderbarkeit hinausging.

Unterholzner, von der Verjährung, 2te Aufl. 1 Bd. S. 344—351.

b) Ein fernerer Einwand von Savigny ist, es sey gegen die Sprache oder gewaltsam, wenn man in

L. 1. §. 10. de vi (43, 16.)

das poterit nicht auf die zunächst vorhergenannte Frau beziehe. Allein bei einer Sprache, welche Zwischensätze duldet, braucht ja der Nachsatz nicht uno spiritu mit dem Vordersatz zusammenzuhängen. Savigny's Uebersetzung führt aber zu einem unjuristischen Resultat. Denn danach hat die Frau das Interdict, wenn sie selbst entsetzt ward, nicht aber, wenn eine dejectio ihres colonus stattfand, und dieß ist nun gegen alle Begriffe von possessio nomine alieno, so wie gegen die klare Vorschrift in

L. 1. §. 22. eod.,

wie es nun auch

Reisach und Schröder nota r cit.

anerkannt haben. Auch kann man nach Savigny's Uebersetzung gar nicht erklären, warum der Jurist hintenher, besonders von der Frau sprach. Denn eine Naturalbesitzung hat sie doch auf allen Fall und in

L. 1. §. 9. eod.,

war ja gerade allgemein gesagt, daß allen Naturalbe-

sitzern auch das Interdict zustehe; wohl aber begreift es sich, daß er hintenher noch die Frage untersucht, ob der Mann wegen der Entsetzung seiner Frau klagen könne. Denn hier war von der Eigenheit die Rede, daß Jemand, welcher selbst gar nicht Besitzer ist, doch wegen dessen klagen kann, was einem andern Besitzer widerfuhr.

§. 297.

Ad voc. nämlich in sofern, als er gewinnen will.

Dieser Satz ist in einiger Hinsicht bestritten; daher noch dieß zu bemerken ist:

1) Nach §. 28. Nro. II. wird ein entschuldbarer error facti verziehen, es mag von positivem Schaden oder vom Gewinn die Rede seyn. Man sieht dieß auch daraus, daß die Gesetze eine Verjährung gestatten, welche in der Regel nur einen factischen Irrthum voraussetzt, so wie aus dem Satz des §. 568., daß der bonae fidei possessor manche Früchte lucriren kann.

2) Ist von einem error juris die Rede, so versteht es sich von selbst, daß ein solcher Irrthum, wenn er verschuldet war, nicht verziehen wird; der verzeihliche dagegen wird nach §. 28. verziehen, jedoch in der Regel nicht, wenn de lucro captando die Rede ist. Dennoch ist hier, in Ansehung der Früchte, einiger Streit. Nach §. 568. muß nämlich der malae fidei possessor alle gezogenen und vernachlässigten Früchte restituiren und vergüten; der bonae fidei possessor dagegen lucrirt die consumirten. Daß nun der, welcher in jure irrte, nicht wegen der vernachlässigten Früchte haftet, wenn sein Irrthum verzeihlich war, ist ausgemacht, weil er hier de damno vitando certirt. Allein lucrirt er auch die consumirten Früchte? Nach §. 28. und §. 297. nota d ist dieß absolut zu verneinen. Dennoch bejahte es Schöman nota d. cit. und zwar wegen

L. 25. §. 6. de hereditatis petit. (5, 3.).

Allein diese Stelle spricht nach

L. 25. §. 2. 4. eod.

ganz offenbar nur von dem, was ruinirt und vernachlässigt ist, also von einem Fall, wo der Besitzer zum Zweck der Vergütung sein eigenes Vermögen hätte angreifen

müssen; es konnte hier auch der errans von dem non errans nicht unterschieden werden, sofern von gezogenen Früchten die Rede war, weil nach §. 772. bei der hereditatis petitio das Eigene ist, daß selbst der bonae fidei possessor wegen aller gezogenen Früchte bis auf seine locupletatio verantwortlich ist.

§. 298.

Ad voc. **auch nach der Vereinigung mit einer andern Mobilie unbedingt fort.**

Ueber diesen Punct ist besonders noch wieder in den neuesten Zeiten gestritten. In den ersten drei Ausgaben seines Werkes über Besitz, hat Savigny seine Meinung über diesen Punct zweimal geändert, und dann noch wieder zum drittenmal in der 4ten Auflage S. 226—230, indem er sich eine neue Idee gefallen läßt, welche ihm Falck handschriftlich mitgetheilt hatte, wogegen sich denn der Verfasser des Compendii in dem nota o citirten Archiv gleich erklärte. Falck sucht nämlich den ersten Theil der

L. 30. §. 1. de usurpat. (41, 3.) g)

dadurch zu erklären, daß er sagt, Säulen und Dachziegel wären etwas, was nur lose angeheftet sey und vindicirt werden könne. Allein über Säulen muß man in der Regel das Gegentheil sagen, weil sie in der Regel immer eingebaut sind,

L. 41. §. 1. 9. de legatis I. (30.)
L. 21. §. 2. de legatis III. (32.)

und in Betreff der Dachziegel hat auch Falck die recepta sententia der Römer gegen sich.

L. 7. §. 10. L. 8. quod vi (43, 24.)
L. 1. §. 1. de tigno juncto (47, 3.)

Dazu kommt, daß in

---

g) Labeo libris epistolarum ait: si is, cui ad tegulorum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset: nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo, gemma? in quo verum est, et aurum, et gemmam possideri, et usucapi: cum utrumque maneat integrum.

L. 30. §. 1. cit.

gar kein Gewicht darauf gelegt wird, ob die Verbindung lose oder fest sey, sondern bloß darauf gesehen wird, ob eine Verbindung mit Immobilien oder mit Mobilien stattgefunden habe, welches alles freilich

Savigny 5te Aufl. S. 269. 270.

nicht beachtet. Die Sache scheint hier höchst einfach diese zu seyn. Die juristische Consequenz erfordert es, daß man die res accessoria nach dem Princip der res principalis beurtheilt. So nimmt man es gewiß auch bei den Interdicten, wie bei der actio ad exhibendum.

L. 7. §. 1. 2. ad exhib. (10, 4.).

Dieß hat auch wegen der Folgen keine Bedenklichkeit, weil bei jenen Rechtsmitteln durch Verwandlung des Besitzes materiell nichts eingebüßt wird, und sogar noch der Besitzer einer Immobilie den Vortheil hat, daß er die bloß wegen Immobilien gestatteten Interdicte nun auch wegen einer Mobilie anstellen kann, wenn er diese mit einer von ihm besessenen Immobilie vereinigt. Allein gesetzt, Jemand hätte die kurze Verjährung einer Mobilie angefangen, soll denn dieser Verjährungsbesitz wegen Vereinigung jener Mobilie mit einer andern Sache aufhören? In Betreff der Vereinigung eines mobilis mit einem mobili ließ sich die Fortdauer des Verjährungsbesitzes leicht annehmen, weil sie ungeachtet der Vereinigung doch ein Mobiliarbesitz bleibt, also generisch nichts geändert wird, wie dieß auch

L. 30. §. 1. cit.

durch ihr mobilia permanent ausspricht. Allein viel bedenklicher wird dieser Punct, wenn eine Mobilie mit einer Immobilie vereinigt wird. Hier kann jenes mobilia manent nicht angewandt werden, und es würden hier durch angenommene Fortdauer des Mobiliarbesitzes ganz disparate Grundsätze für dieselbe Sache angewandt werden müssen, welches

L. 23. §. 1. de usurpat. (41, 3.)

als ganz uncivilistisch verwirft. In

L. 30. §. 1. cit.

wird dieß auch implicite anerkannt. Denn es wird darin

für den Fall einer Vereinigung mit Mobilien die Fortdauer aus einem Grunde angenommen (mobilia permanent), welcher bei der Vereinigung mit einer Immobilie gerade geläugnet werden muß, und für den letzten Fall wird die Vollendung der angefangenen Verjährung bloß dann zugelassen, si decem dies superessent; welche Ausnahme sich begreift, da man gerade 10 Tage nach der recepta sententia der Römer als modicum tempus behandelte, welches nicht eben in Betracht komme,

L. 21. §. 1. de pecunia constituta (13, 5.)

und da man auch sonst nach Zusatz zu §. 129. §. 797. nota k die letzten Momente eines Zeitraums nicht zu beachten pflegt. Savigny will hier nun jene decem dies daher ableiten, weil es nicht wohl möglich sey, eine Unterbrechung der Verjährung binnen 10 Tagen durch Vindication herauszubringen. Allein die interruptio der Verjährung erfordert ja nicht einen durchgeführten Prozeß, sondern nur Klage und Einlassung, und dazu bedurfte es coram praetore nur wenige Minuten. Gegen Savigny hat sich nun auch erklärt

Unterholzner, von der Verjährung 2te Auflage 1. Bd. S. 163—174.

indem er jedoch meint, die obige Erklärung dieses Zusatzes sey nicht eben sehr wahrscheinlich, aber wegen des Buchstabens der Gesetze müsse man ihr Resultat annehmen.

Hiebei ist nun diese Nebenfrage: wenn A res connexas des B als ein verbundenes Ganzes besitzt, so besitzt er die einzelnen Stücke zwar nicht an sich, aber doch als Theile des Ganzen, verjährt sie also auch mit dem Ganzen. Gesetzt aber, daß A die von ihm verjährte Nebensache des B wieder trennt, bleibt sie dann als verjährt in seinem Eigenthum? Alle Vernunft ist gewiß für die Bejahung dieser Frage, doch sagen die Gesetze in nota * für Gebäude das Gegentheil, woraus denn Unterholzner früher eine Regel für alle Fälle gebildet hat. Allein richtiger hat Savigny immer gesagt: es ist dieß nur ein Singulare für Gebäude, weil nach den Principien der actio de tigno juncto (§. 583.) eingebautes Material durante nexu nicht vindicirt, also auch nicht verjährt werden kann, nach der Regel: agere non volenti

non currit praescriptio. Daß man andere adjuncta nicht vindiciren könne, steht nirgend, und der ganze Titel ad exhibendum (10, 4.) läßt ihre vindicatio zu; sie können also auch vom Besitzer verjährt werden, und es ist durchaus nicht einzusehen, warum er das, durch Verjährung erworbene Eigenthum dadurch verlieren soll, daß er sein Eigenthum auseinanderlöst. Endlich hat auch

Unterholzner im Arch. für civilist. Praxis 8. Bd. S. 332.

die Idee von Savigny gebilligt.

§. 300.

Ad voc. und zwar unbedingt gilt.

Wenn man die berühmte

L. 3. Cod. de acquirend. et retinend. possessione (7, 32.) [h])

obenhin betrachtet, so könnte sie auf die Idee führen, daß infantes, obgleich sie juristisch willenlos sind, also keinen juristischen animus tenendi haben, dennoch die possessio allein erwerben können, wenigstens, wenn ihnen eine Sache geschenkt wird. So haben es auch Viele genommen. Weil indeß damit eine unerhörte Abweichung von dem Grundbegriff des Besitzes ausgesprochen wäre, so haben ältere Juristen hier mehrfach eine sogenannte suavis interpretatio versucht, indem sie sagten, man müsse die L. 3. Cod. cit. bloß auf Süßigkeiten oder Spielzeug beziehen, und da lasse sich denn die Anomalie nach der Regel: minima non curat praetor, sehr gut begreifen. Allein L. 3. cit. gewinnt ein ganz anderes Ansehen, wenn man damit

L. 32. §. 2. h. t. (41, 2.) [i])

---

h) Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita, corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes: tamen consultius videtur interim (licet animi plenus non fuisset adfectus) possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri.

i) Infans possidere, recte potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim caussa hoc receptum est; nam alioquin nullus sensus sit infantis accipienti possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest.

vergleicht, worin gewiß mit guten Manuscripten am Ende gelesen werden muß: accipienti possessionem. Das letzte Fragment ist nun gerade eben das, worauf sich L. 3. Cod. cit. bezieht; zwar nicht nach der florentinischen Lesart, wonach die Stelle dem Paulus zugeschrieben wird, wohl aber nach guten Vulgat-Manuscripten, welche die Stelle dem Papinian zuschreiben. Weiß man nun dieß, so ist alles klar. Die Frage nämlich, welche Papinian erörterte, und welche in Beziehung auf ihn die L. 3. Cod. cit. wiederholt entscheidet, war nicht, ob ein Kind interim, d. h. während der Jahre der infantia

L. 55. de usufructu (7, 1.)

ganz allein den Besitz erwerben könne, sondern ob das Kind den Besitz erwerbe, wenn es selbst die Sache corporaliter ergreife, und der Vormund bloß seine auctoritas interponire. Dieß wird nun bejaht, weil man ja schon überhaupt viel weiter gegangen sey und angenommen habe, daß dem Kinde bloß durch das factum animi et corporis des Tutors der Besitz erworben werde, und weil es dem strengen Begriff des Besitzes schon näher komme, wenn das Kind corporaliter mithandle. Daß das Gesetz hier die concurrirende auctoritas tutoris supponirt, beweisen auch die Worte: corpore quaeritur. Denn ein infans kann ja keinen animus haben, und ohne animus gibt es keine Besitzerwerbung, also muß auch in dem Fall der L. 3. cit. ein concurrirender animus des Tutors angenommen werden. Donellus hatte zuerst diese Idee, und Savigny hat sie durch alle Ausgaben seines Werks vortrefflich vertheidigt; jedoch bis jetzt noch immer einzelne Widersacher gefunden, z. B.

Wittich, System Bd. 1. S. 99. u.

Zachariä, Remission des Besitzes S. 9. 10.

Nur eine nähere Bestimmung kann man hier noch mit

Gesterding, Nachforschungen Bd. 2. S. 5—14.

hinzufügen, und zwar diese: die L. 3. Cod. cit. setzt nichts voraus, als die apprehensio des Kindes auf eine stattgehabte donatio, welche letzte als Vertrag, wozu durchaus consensus gehört, natürlich vom Tutor genehmigt seyn mußte. Daß nun der Tutor, welcher die Schenkung genehmigt hatte, auch noch in specie die Apprehension

des Kindes genehmigen müsse, sagt das Gesetz nicht, und dieß ist denn auch natürlich, weil es schon tacite in der Genehmigung des Schenkungsvertrags liegt, daß es der Tutor gern sieht, wenn man dem Kinde die Sache physisch überliefert; daher denn auch bei der Ueberlieferung nicht noch einmal eine auctoritas tutoris nöthig ist.

§. 301.

Ad voc. possessio vacua.

Mehrere Juristen wollen diesen Satz nicht so absolut zugeben, indem sie so unterscheiden: wenn bei der Tradition des Veräusserers ein Dritter im Besitz, also die possessio eine non vacua ist, so bekommt der, dem die traditio geschehen sollte, zwar nicht die possessio, aber doch das Eigenthum. Allein die in nota e citirten Constitutionen sind ausdrücklich gegen diese Ansicht, welche auch in sich ganz schief ist, weil die Römer nach §. 590. gerade die Regel haben, daß das Eigenthum ohne Tradition des Besitzes nicht erworben wird. Die Gegner berufen sich nun zwar auf

L. 10. §. 2. de condict. furt. (13, 1.) k)
L. 16. de fundo dotali (23, 5.).

Allein das erste Fragment spricht von Fällen, wo ausnahmsweise nach §. 590. zum Erwerb des Eigenthums keine traditio gehört, wie bei Legaten; daher auch in dem hinzugefügten §. 3. nur ein Legat als Beispiel erwähnt wird. Das letzte Fragment läßt sich dagegen ganz leicht auf eine cessio der rei vindicatio (§. 75.) beziehen; welche cessio nichts gegen sich hat, auch wenn die possessio non vacua ist. Denn wer Eigenthümer ist, aber den Besitz nicht hat, der kann zwar keine possessio abtreten, aber doch seine petitorischen Klagen ad recuperandam rem, also auch seine rei vindicatio, welche nach Zusatz zu §. 61. gerade einen Nichtbesitzer als Cedent voraussetzt.

---

k) Tamdiu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium ejus rei ab eo recedat, et ideo, si eam rem alienaverit condicere non poterit.

Ad voc. **nicht unter Anwesenden geschlossen zu werden.**

Es gibt Mehrere, welche behaupten, daß die traditio brevi manu ein Zusammenseyn beider Partheien erfordere, und suchen auf diese Art die Gesetze in nota h mit einander zu vereinigen. Allein diese Behauptung hat durchaus kein Gesetz für sich und würde zu einer großen Albernheit führen. Denn wenn z. B. der A seine Sache dem B lieh, hinterher aber die Sache dem B schenkt, warum sollte man dem nicht ohne weiteres sagen: B besitzt vom Momente der Schenkung dasjenige, was er bisher als Commodatar bloß nomine alieno detinirte, nun animo domini nomine proprio, und er braucht nicht, um dieß herauszubringen, zu dem A zu reisen, damit er ihn noch einmal von Angesicht zu Angesicht zu sehen bekomme. Die L. 15. und 34. cit. beziehen sich, wie Savigny sehr gut gezeigt hat, auf etwas ganz anderes, nämlich auf diesen Fall: A, der Mandatar des B, ist dem letzten Gelder schuldig geworden, welche er zwar in cassa hat, aber doch gern von B als mutuum bekommen wollte. In einem Briefe bittet nun A den B um das Darlehn, und dieser antwortet beifällig. Hier sagte nun eine Parthei vernünftig, daß das Darlehn als vollendet anzusehen sey. Eine zweite Parthei hielt sich aber pedantisch an das Wort mutuum und an dessen Definition, mutuum est, ubi *ex meo* fit tuum, und von diesem meo konnte hier denn freilich der B nicht eigentlich reden, bevor ihm A das schuldige Geld tradirt hatte. Statt nun die erste Meinung allein zu recipiren, compillirte Justinian Fragmente, welche beide Meinungen aussprechen, und so ist hier denn über diesen, die traditio brevi manu gar nicht, sondern nur das mutuum betreffenden Punct eine Antinomie, in den Pandecten, wie dieß auch wieder

Glück 12. Bd. S. 11—18.

anerkannt hat.

§. 302.

Ad voc. **doch widerstreiten sich die Gesetze darüber.**

Die Gesetze in nota l lassen sich, in Betreff der Sclaven, auf keinen Fall ganz vereinigen; denn in dem einen

heißt es bestimmt, wenn der Sclave für den Dritten und nicht für den Herrn den Besitz ergreife, so bekomme ihn der Herr nicht; während in der andern Stelle gerade das Umgekehrte absolut steht. Ergriffe übrigens der Sclave den Besitz für sich, so würde natürlich der Herr Besitzer werden, weil es ja Hauptregel ist, daß aller Erwerb eines Sclaven eo ipso dessen Herrn zufällt. In Ansehung freier Mittelspersonen unterscheide man nun diese Fälle:

1) Sie ergreifen den Besitz für sich selbst.

Da der Besitz eine res facti ist, und da in sofern auch Diebe und Räuber possessores werden, so ist es hier Grundregel, daß in jenem Fall die Mittelsperson den Besitz für sich selbst erwirbt. Die beiden ersten Allegate in nota l machen indeß eine Ausnahme für den Fall, wenn der Mittelsperson die Sache unter der Bedingung übergeben ward, daß der Principal Besitzer werden soll. Für diesen Fall sagt zwar das eine Gesetz nur unbestimmt nihil agetur, aber das andere bestimmt dieß genauer dahin, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit, und so muß hier denn das Unbestimmte durch das Bestimmte ergänzt werden, wie dieß auch schon die Glosse behauptet hat.

2) Die Mittelsperson ergreift den Besitz für einen Dritten. Für diesen Fall haben wir nun kein besonderes Gesetz, und so behauptet denn

Hufeland, Civilrecht Bd. 1. §. 727.,

daß hier der ganze Act nichtig sey. Allein nach dem Begriff des Besitzes, und wegen der bloß factischen Natur desselben, muß man hier vielmehr behaupten, daß der Besitz dem Dritten zufalle. Besser auf allen Fall, als die Idee von Hufeland, ist die Behauptung von

Savigny Aufl. 5. S. 311. 312.,

daß man hier die obigen Grundsätze unter Nro. 1. analogisch anwenden müsse. Allein in dieser Lehre sind Analogien, welche vom reinen Urbegriff des Besitzes abführen, etwas sehr Mißliches. Auch haben die römischen Juristen überall den Urbegriff in dieser Lehre fest gehalten, so weit er nicht durch receptis sententiis und kaiserliche Verfügungen modificirt war, wovon gleich wieder im ersten Zusatz zu §. 304. ein Beispiel vorkommen wird.

§. 303.

Ad voc. constitutum possessorium.

Das constitutum possessorium oder pactum constituti possessorii hat daher seinen Namen, weil es einen Fall enthält, wo durch einen bloßen Vertrag eine possessio geschaffen wird. Der Fall ist dieser: A besitzt eine Sache proprio nomine, veräußert darauf diese Sache an B und bedingt sich aus, daß er, der A, nomine alieno, z. B. als Pachter, die Sache fernerhin auf Rechnung des B retiniren könne. Wenn hier nun A auf Rechnung des B in der Detention bleibt, so wird B hier ohne alle Tradition juristischer possessor. Viele ältere Juristen haben dieß problematisch gefunden, aber Savigny hat musterhaft gezeigt, daß es aus den Principien des Erwerbes des Besitzes durch Mittelspersonen folgt. Denn wenn A die Detention für B fortführt, so ist es ebenso gut, als ob er den Besitz für B ergriffen hätte, und so muß hier denn B als der juristische possessor gelten. Aus diesem sieht man nun, daß die Veräusserung einer Sache, mit Beifügung des constituti possessorii, ein dem Veräusserer schädlicher Vertrag ist, weil er dadurch die possessio mit allen ihren Vortheilen verliert, und dieselbe auf den Erwerber überträgt. Ganz lächerlich ist es also, wenn die Advocaten, besonders im Süden von Deutschland, das constitutum possessorium als einen Vertrag betrachten, wodurch der Veräusserer seine Rechte salvire, und z. B. bei Gutsverkäufen auf Credit, majestätisch die Clausel hinzufügen: das Gut solle verkauft seyn, aber nur sub pacto reservatae hypothecae, reservati dominii et constituti possessorii, während doch der letzte Ausdruck gerade auf Minderung der Rechte des Veräusserers geht.

§. 304.

Ad voc. mehrere singuläre Arten.

Alle einzelne Besitzerwerbungen, welche im §. 304. als kleine Abweichungen von dem Begriff des Besitzes erwähnt sind, hat Savigny immer gar nicht als Besonderheit behandeln wollen, indem er behauptet, aus allen einzelnen Sätzen des §. 304. lasse sich diese Regel bilden: der Besitz wird erworben, wenn man in das Verhältniß

zu einer Sache kommt, daß die physische Herrschaft über dieselbe sofort als leicht möglich gedacht werden kann. Er sieht daher die in §. 304. aufgezählten Einzelnheiten nur als Beispiele an, wodurch seine allgemeine Regel bewährt werde. Allein seiner Ansicht stehen bedeutende Gründe entgegen. Der Grundbegriff des Besitzes geht nämlich gewiß dahin, daß erst durch eine wirkliche physische Detention, oder durch ein ponere sedem die possessio begründet wird, also nicht durch die Möglichkeit einer künftigen Ergreifung. Wie nun die Gesetze, um Pedanterei und zu große Strenge zu vermeiden, in dieser Lehre Mancherlei nachgelassen haben, was eigentlich der Urbegriff des Besitzes forderte, so haben sie denn auch bei dem Anfang des Besitzes dieß und jenes nicht verlangt, ohne daß man es aus dem Begriff des Besitzes folgern kann, wo denn also natürlich das Anomalische nicht als Resultat des Hauptbegriffs behandelt werden darf. Dazu kommt, daß Savigny's Regel sogar gegen specielle Gesetze ist. Tradirt z. B. A dem B longa manu ein sichtbares Grundstück jenseits eines, jetzt nicht zu passirenden Flusses, so hat nach Savigny's Regel, wegen der Unmöglichkeit einer schnellen und leichten Apprehension, kein Besitzerwerb statt, und doch muß man nach

L. 18. §. 2. h. t. (41, 2.)

das Gegentheil behaupten. Umgekehrt würde nach der Theorie von Savigny der einseitige Besitzerwerb, z. B. eines gefundenen Schatzes, auch mit den Augen geschehen können, und doch ist nach

L. 3. §. 3. L. 44. eod.

die römische Praxis nicht so weit gegangen, daß sie auch hier eine Abweichung vom Grundbegriff des Besitzes zuließ. Gegen Savigny haben sich zuletzt auch erklärt

Pfeiffer, das Recht der Occupation S. 10—19. und Gesterding, alte und neue Irrthümer S. 21—54.

Ad voc. durch Uebergabe der, die Besitzrechte des Veräusserers beweisenden Urkunden.

Man hat diese singuläre Art des Besitzerwerbes in praxi immer ebenso angenommen, wie sie im Compendium beschrieben ist. Erst

Savigny Aufl. 2. §. 27.

erklärte sich dawider, indem er behauptete, die

L. 1. Cod. de donat. (8, 54.) [1])

sey ein bloßes Rescript, und man müsse nach der Analogie dabei voraussetzen, daß in dem gegebenen Fall ein constitutum possessorium (§. 303.) geschlossen sey. Allein die auf das erzählte Factum als Grund bezogenen Worte „factam intelligis" widerstreiten dem geradezu, indem die Uebertragung des Besitzes nicht aus einem im Rescripte verschwiegenen Facto abgeleitet wird, sondern geradezu aus einem Facto, welches das Rescript namentlich anführt. Dabei kommt freilich mit Rücksicht auf den Urbegriff des Besitzes eine Singularität heraus; allein dergleichen gibt es in dieser Lehre viel, und man weiß ja auch, wie viel Eigenes sich unter den spätern Kaisern ausbildete, wovon die classischen Juristen noch nichts gewußt hatten. Deßwegen ist denn

Hufeland, Geist des römischen Rechts,

auf eine andere Idee gekommen, indem er meint, das Gesetz rede gar nicht von einer Besitzübertragung; welche Behauptung zeigt, daß er das Gesetz nicht gelesen hatte, indem ja ausdrücklich darin steht: *traditionem* factam esse intelligis. Daher hat denn auch selbst

Hufeland, vom Besitz S. 123—126.

seine erwähnte Behauptung fallen lassen und den Satz des Compendiums zugegeben, aber bloß für Sclaven, weil die L. 1. Cod. cit. nur davon rede. Allein man sieht durchaus nicht ein, woher hier für Sclaven die Singularität kommen soll. Seine frühere Erklärung hat

Savigny Auflage 3. S. 203—205. Auflage 4. S. 174—176.

auch wieder verworfen, indem er mit einigen Glossatoren supponirt: in dem Fall der L. 1. Cod. cit. seyen bei der Schenkung die Sclaven gegenwärtig gewesen, und so sey hier nach den allgemeinen Grundsätzen des Besitzes ein

1) Emtionum mancipiorum instrumentis donatis, et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.

Besitzerwerb durch die Augen erfolgt. Allein es sind dieß wieder reine Fictionen, wozu in dem Gesetz nicht die geringste Veranlassung liegt. In der 5ten Ausgabe S. 206. nota i hat nun Savigny noch für seine letztere Erklärung angeführt ein Rescript von Diocletian und Constantin in fragmenta vaticana §. 297., welches aber, genau besehen, gar nicht hieher paßt. Denn unsere Frage ist, ob es als traditio gilt, wenn Jemand die Instrumente tradirt, welche seine Erwerbrechte beweisen. Jenes Rescript geht aber nur auf Urkunden, welche der Veräusserer zum Zweck der Veräusserung selbst aufsetzte, und welche also in Ansehung seiner früheren Besitzrechte ganz und gar nichts beweisen.

§. 305.

Ad voc. entweder die körperliche Berührung oder die Absicht zu detiniren aufhört.

Die beiden zuletzt in nota m citirten Fragmente scheinen dieser Regel des Compendiums zu widerstreiten, und haben daher eine Menge von Künsteleien und Emendationen veranlaßt. Durch folgende Ideen läßt sich hier aber alles sehr leicht ausgleichen, wie es nun auch Savigny ganz anerkannt hat. Nach

L. 35. de reg. jur. (50, 17.) [m])

haben nämlich die Römer den Grundsatz: Wenn Verhältnisse durch ein Factum entstanden sind, so erlöschen sie nicht durch bloßes Aufhören dieses Facti, sondern erst durch Eintritt eines neuen positiven facti contrarii. So erlischt z. B. ein Vertrag oder Testament nicht durch Aufhören des Contrahirens oder Testirens, oder dadurch, daß man hintenher zu beiden unfähig wird, sondern nur durch neue conträre Willenshandlungen. Ebenso verhält es sich nun auch mit dem Besitz. Dieser erlischt nämlich nach §. 305—307. gleichfalls erst durch neue conträre positive Facta. Dieß ist es nun, was die Gesetze in

---

m) Nihil tam naturale est; quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur; nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

nota m sagen, wenn man nur, wie es der Zusammenhang nothwendig macht, auf die Worte „in contrarium“ das Gewicht legt. Das Wort utrumque macht dabei auch gar keine Schwierigkeit, weil es, wie unser „jedes“ oder „beides“, nicht gerade andeutet, daß mehrere Dinge zugleich existiren müssen.

L. 16. de legat. II. (31.)
L. 10. §. 13. de gradibus (38, 10.)
L. 8. §. 5. Cod. de bonis, quae liber. (6, 61.).

Dennoch ist hier

Dabelow nota m cit.

sehr zornig gegen Savigny herausgefahren, indem er nicht begreifen kann, daß man ein verbranntes Stück Papier doch besitze, wenn man den animus tenendi habe, und gegen die klarsten Gesetze behauptet, der Besitz werde nicht eher verloren, als bis, vereinigt, das factum corporis et animi positiv aufgehört habe. Mit dem Beweise macht er sichs ganz leicht, indem er z. B. über

L. 30. §. 4. h. t. (41, 2.),

wo Paulus das Gegentheil lehrt, mit aller Zuversicht ausspricht, Paulus habe nun einmal so etwas nicht sagen können, und auf gleiche Art über

L. 3. §. 6. eod.,

es stehe hier nur ein irriger Satz, den Justinian in seiner Einfalt dem Verfasser des Fragments angelogen habe.

Ad voc. das Verlassen der Sache aus Furcht.

Die Gesetze widerstreiten sich offenbar über diesen Punkt; doch hat es hier nicht an Vereinigungsversuchen gefehlt. Einige wollen, wie es auch Savigny in der 1sten und 2ten Auflage that, mit Cujac unterscheiden, ob der, welcher aus Furcht entlief, die drohende Gefahr als gegenwärtig selbst wahrnahm, oder nur durch Hörensagen etwas davon wußte. In dem ersten Fall soll er den Besitz verlieren, in dem letzten aber nicht. Allein die Gesetze sagen von dieser Unterscheidung kein Wort, wie dieß später auch Savigny anerkannt hat. Um hier Alles genau zu fassen, bemerke man Folgendes:

1) Wenn der, welcher aus seinem Besitz floh, sich einer Gewalt zu entziehen suchte, welche ihm nicht ge-

droht war, so verliert er den Besitz nicht. Dieß sagt bestimmt Ulpian in

L. 3. §. 6. de vi (43, 16.),

und dawider haben wir kein anderes Gesetz, mithin ist für diesen Fall alles in der Ordnung.

2) Für den Fall dagegen, wenn dem entfliehenden Besitzer wirklich die Gewalt gedroht war, sind die Gesetze widersprechend. In

L. 33. §. 2. de usurp. (41, 3.) [n])

hält Julian das bloße Entfliehen für eine dejectio, auch wenn der Drohende nicht in den Besitz eingedrungen sey. Daß sich dieß bloß auf die Verjährung, aber nicht auf die actio quod metus caussa und das interdictum unde vi beziehe, hat zwar

Hufeland vom Besitz S. 137 — 160.

behauptet, und dann auch mit ihm

Savigny Aufl. 5. S. 360 — 364.

Allein es läßt sich dieß durchaus nicht behaupten. Denn in demselben Titel wird gesagt, daß die dejectio das interdictum unde vi begründe,

L. 4. §. 22. eod.,

und in L. 33. §. 2. cit. wird absolut das Entfliehen für eine dejectio erklärt. Ebenso wenig genügt die obige Idee von Cujac. Denn man mag mit den Ausgaben lesen existimaverit, oder mit Kritik setzen extimuerit, wie Savigny früher versuchte, so bleibt es in beiden Fällen denkbar, daß die Furcht auf dem Sehen oder Hörensagen beruhte. Dagegen sagt Ulpian in

L. 9. quod metus caussa (4, 2.)
L. 1. §. 29. L. 3. §. 7. de vi (43, 16.) [o])

---

n) Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit, atque ita profugerit: quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit: vi dejectus videtur; sed nihilominus id praedium, etiam antequam in potestate domini redeat, a bonae fidei possessore usucapitur: quia lex Plautia et Julia ea demum vetuit longa possessione capi, quae vi possessa fuissent, non etiam ex quibus vi quis dejectus fuisset.

o) Lex 1. §. 29. Idem Labeo ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, videri, dejectum, sed Pomponius ait, vim

daß das bloße Entfliehen den Besitz nicht aufhebe, wenn das Eindringen des Drohenden nicht erfolge. In L. 9. cit. wird zwar der Fall des *audire*, quod quis cum armis veniret, erwähnt, aber doch auf das audire nicht das Gewicht gelegt, sondern darauf, non videor dejectus, qui dejici non exspectavi, sed profugi. In

L. 1. §. 29. cit.

ist dagegen gar keine Rede vom Hörensagen, sondern von einem qui metu turbae porterritus fugerit, welche Ausdrücke doch wohl ebenso gut eine selbst wahrgenommene Gefahr andeuten, als das obige existimaverit. Man sage also aufrichtig: Justinian, welcher so oft bei dem einen Titel vergaß, was er in dem andern excerpirt hatte, compilirte auch hier unbewußt contraria. Neuerlich hat

Neustetel nota z cit.

auch den Widerspruch zugegeben, aber gemeint, man müsse Ulpian's Idee vorziehen, weil sie zeige, wie sich diese Controverse später ausgebildet habe. Allein Justinian hat ja selbst gesagt, daß man alles, was in den Pandecten stehe, als harmonisch zu vereinigen habe, und auf das Alter der Juristen hat er durchaus kein Gewicht gelegt.

Uebrigens ist es noch merkwürdig, daß Labeo nach der Erzählung in L. 9. pr. cit. den Besitz durch das bloße Entfliehen in dem Fall noch nicht als verloren ansah, wenn der Besitzer entfloh, indem er hörte, daß Jemand mit Waffen gegen ihn anrücke, wohl aber nach

L. 1. §. 29. cit.

in dem Fall, si metu *turbae* fugerit, in welchem letzten Fall aber, wie im ersten, Pomponius gleichfalls den Besitz für nicht verloren ansah. Die Idee von Savigny, daß in

---

sine corporali vi locum non habere. Ego, etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum. — Lex 3. §. 7. Proinde et si, cum armatos audisset venire, metu decesserit de possessione: sive verum, sive falsum audisset: dicendum est, non esse eum armis dejectum, nisi possessio ab his fuerit occupata.

L. 1. §. 29. cit.

Labeo nicht von Pomponius abweiche, sondern daß dieser hier nur einen unbestimmten Ausdruck berichtige, indem dieser nach

L. 9. pr. cit.

mit Pomponius nicht in Streit gewesen sey, ist gegen die klaren Worte, da Pomponius in

L. 1. §. 29. cit.

aufs bestimmteste den Widerleger des Labeo macht. Weit wahrscheinlicher ist folgende Erklärung: Die L. 9. pr. cit. spricht von dem Drohen eines Einzelnen, die L. 1. §. 29. cit. aber von dem Drohen eines ganzen Schwarms (turba), in welchem Sinn gerade Labeo das Wort turba nahm.

L. 4. §. 2. 3. de vi bon. rapt. (47, 8.).

Da nun ein Nachfolger des Labeo, nämlich Celsus, in

L. 18. §. 3. 4. h. t. (41, 2.)

es nicht als Verlust des Besitzes ansah, wenn ein Einzelner, wohl aber wenn ein großer, also schwer zu vertreibender Haufe sich in Besitz gesetzt habe, so war es auch nicht unnatürlich, wenn man bei dem Androhen der Entsetzung dieselben Unterscheidungen anbrachte.

§. 307.

Ad voc. bei Mobilien aber schon durch Ergreifen der Sache in diebischer Absicht.

Wenn Jemand eine Mobilie bloß als naturalis possessor auf fremden Namen besitzt, z. B. als Commodatar, so kann er sich nach der Regel, daß man nicht im Stande ist, durch einen bloßen Gedanken den Besitz zu ändern, auch durch das bloße Wollen, den Besitz nomine proprio fortzuführen, keine juristische possessio anmaßen. Da indeß nach §. 305. Jemand durch einen wirklichen Diebsgriff (contrectatio) juristischer possessor einer fremden Sache werden kann, so muß man auch hier sagen: der bloße Detentor einer fremden Mobilie wird juristischer possessor derselben, nicht durch diebische Gedanken, sondern erst durch einen wirklichen Diebsgriff. Dafür entscheidet nun auch Ulpian in

L. 3. §. 18. h. t. (41, 2.)

Allein Pomponius war anderer Meinung, und dieß steht auch in

L. 47. eod.

Da indeß die Meinung des Pomponius nur historisch referirt wird, und Ulpian sie dogmatisch verwirft, so kann man hier recht wohl mit Savigny sagen, daß die Entscheidung Ulpian's als das feste Dogmatische vorzuziehen sey, besonders da Justinian oft in den Pandecten ältere Meinungen historisch erwähnen, aber dann dogmatisch verwerfen läßt. Honoris gratia ist indeß hier noch zu erwähnen die ganz eigene Idee von

Hugo nota l cit.,

welche jene beiden Fragmente auf verschiedene Zeiten bebeziehen will, für die dann jedes derselben wahr sey. Pomponius (welcher im 2ten Jahrhundert unter den Kaisern lebte) habe nämlich an nichts gedacht, als an die voraugustischen Zeiten, wo die Dinge noch massiv gewesen wären, wie z. B. Weinbutten u. dgl., und wo man denn den Diebsgriff allenfalls habe schenken können. Ulpian hingegen hätte an die postaugustischen kleinen Pretiosen rc. gedacht, und bei diesen müsse man sich denn durch krumme Finger in Betreff der possessio etwas mehr ad caussam legitimiren. Soviel ist hier auf allen Fall gewiß, daß diese Idee ausser Hugo keinen einzigen Anhänger gefunden hat.

Ad voc. oder einen Andern den Besitz ergreifen läßt.

Um diesen streitigen Satz ganz zu verstehen, muß man zuvörderst im Allgemeinen noch dieß bemerken. Wenn Jemand als wahrer juristischer possessor seine possessio behalten will, und nur die Detention der Sache einem Andern überträgt, z. B. einem Pachter, so behält er nach wie vor seinen animus tenendi, und stellt den Pachter nicht zum Denken, sondern nur zum physischen Halten an. Daher wird denn auch ganz consequent in

L. 3. §. 12. h. t. (41, 2.)

das Hauptprincip aufgestellt: Wer durch eine Mittelsperson die physische Detention fortsetzen läßt, der besitzt in sofern durch den Körper des Stellvertreters, aber nicht

durch dessen animus. Daraus folgt denn, daß der Besitz des Principals durch facta der Mittelsperson nur dann verloren geht, wenn der Mittelsperson die physische Reapprehension der Sache unmöglich ist. Hieraus folgt:

1) Der Besitz des Principals dauert so lange fort, als in Rücksicht der Mittelsperson jene physische Unmöglichkeit nicht eintritt. Daher verliert der Principal den Besitz nicht, wenn zwar er selbst entsetzt wird, nicht aber die Mittelsperson,

L. 1. §. 45. de vi (43, 16.),

oder wenn die Mittelsperson durch Tod oder Wahnsinn eines animi tenendi ganz unfähig wird.

L. 60. §. 1. locati (19, 2.)
L. 25. §. 1: L. 40. §. 1. h. t. (41, 2.).

Aus eben dem Grunde kann denn auch der Besitz des Principals nicht verloren gehen, wenn sein bloßer detentor seinen animus tenendi aufgibt, eben weil er nicht zum Denken aufgestellt ist, und weil der animus tenendi bei dem Principal bleibt. So dachte auch die große Mehrzahl der Classiker.

L. 31. de dolo (4, 3.)
L. 3. §. 8. L. 44. §. 2. h. t. (41, 2.)
L. 7. pro emtore (41, 4.).

Zwar gab es Einige, welche anders dachten,

L. 40. §. 1. h. t. (41, 2.);

allein Justinian entschied auf das bestimmteste in

L. 12. Cod. h. t. (7, 32.)

zum Vortheil der ersten Parthei. Ist dagegen

2) dem detentor nomine alieno die Wiedererlangung des körperlichen Besitzes nach den Principien des §. 305. unmöglich, so muß nun auch der Principal seine possessio verlieren, also z. B. wenn der detentor entsetzt ward,

L. 1. §. 22. de vi (43, 16.).

Aus derselben Ursache muß man denn auch den Besitz des Principals als verloren ansehen, wenn der Repräsentant den Besitz einem Andern übergibt. Dieß sagen auch deutlich

L. 40. §. 1. h. t. (41, 2.)
L. 43. §. 4. de usurpat. (41, 3.).

Dennoch glauben Manche mit Savigny, Justinian habe dieß in

L. 12. Cod. h. t. (7, 32.)

aufgehoben. Allein man muß sich ganz gegen diese Idee erklären. Denn

L. 12. Cod. cit.

entscheidet bloß einen alten Streit, welcher, so weit unsere Quellen reichen, durchaus nur auf den Fall des bloßen Verlassens ging. Auch erhellet aus

L. 12. Cod. cit.

nichts weiter, als daß Justinian bloß davon reden wollte; denn relinquere heißt doch bloßes Verlassen, und prodere heißt nicht soviel, als einem Andern etwas zuschieben, sondern auf eine treulose Art der Ergreifung eines Andern preisgeben. Der auf alles Vorhergehende sich beziehende Nachsatz: ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, geht auch nur auf das bloße Zurückziehen des Detentor, und deutet keineswegs auf positive Facta, welche von einer andern Seite erfolgt seyn möchten. Es ist zwar wohl gesagt, daß nach dem allgemeinen Grund der

L. 12. Cod. cit.

der Dritte hier nicht Besitzer werde; allein dieser Grund geht bloß darauf, daß der detentor nomine alieno durch seinen bloßen Beschluß den Besitz des Principals nicht aufheben könne, und dieß ist auch nach dem obigen ganz consequent, weil der animus tenendi hier bei dem Principal bleibt, folglich auf das bloße Denken des dententor nichts ankommt. Wie aber ein Dritter in Besitz gekommen ist, den der detentor hineinließ, so ist nun ein positives contrarium vorhanden, welches der detentor nicht wieder aufheben kann, und welches hier um so mehr als Besitzerwerb des Dritten gelten muß, weil ja schon Diebe und Räuber durch ihre Eigenmacht possessores werden (§. 297.). Savigny glaubt zwar, daß zufolge

L. 3. §. 8. h. t. (41, 2.) p)

auch über diesen Fall unter den Classikern gestritten sey, und daß daher Justinians Verordnung in

L. 12. Cod. h. t. (7, 32.)

mit darauf gehe. Allein nach den Worten geht sie nun einmal nicht darauf, und

L. 3. §. 8. cit.

enthält auch nichts für Savigny's Idee, da sie bloß von dem Aufhören des Besitzes durch Tod oder Verlassung redet.

§. 308.

Ad voc. juris quasi possessores.

Ueber die sogenannte quasi possessio hat der ungenannte Verfasser der in nota s citirten Abhandlung die eigene Idee vertheidigt: der quasi possessor habe nur gegen dritte Personen Interdicte, nicht aber gegen seinen Principal, den Eigenthumsbesitzer, wenn dieser ihn turbire oder entsetze, und zwar wegen

L. 3. §. 7. uti possid. (43, 17.).

Allein in diesem Fragment ist nichts gesagt, als daß der Superficiar (§. 627.) nicht die gewöhnlichen Interdicte, sondern ein eigenes habe. Warum der quasi Besitzer gegen seinen Verleiher keinen possessorischen Schutz haben solle, läßt sich auch nach der Vernunft nicht einsehen, und es sind auch auf das bestimmteste dawider

L. 27. de donat. (39, 5.)
L. 3. §. 13. 14. 16. de vi (43, 16.).

Auch wird in

L. 1. §. 25. de aqua (43, 20.)

---

p) Si quis nunciet, domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus, noluerit accedere: amisisse eum possessionem placet. Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint, discesserintve: animo retinebo possessionem.

L. 3. §. 5. de itinere (43, 19.)

ausdrücklich gesagt, daß die dort genannten Interdicte gegen den dominus gingen, nach welchen Grundsätzen denn auch andere Interdicte bestimmt behandelt sind in

L. 3. §. 7. de rivis (43, 21.)
L. 1. §. 2. 11. de fonte (43, 22.).

Dabei muß man sich aber gegen das Vorurtheil hüten, als ob die quasi possessores eine eigentliche possessio im Sinn des §. 295. hätten. Wären sie nämlich vollständig possessores im engsten Sinn, so hätten sie, wie der Pfandgläubiger, mit Ausschließung des Eigenthumsbesitzers, die remedia possessoria in eigenem Namen wegen der ganzen Sache. Dieß ist aber nach nota t nicht der Fall. Der Eigenthumsbesitzer bleibt neben ihnen voller juristischer possessor, und sie haben nur possessorische Rechtsmittel, wenn sie in der Ausübung ihres juris in re aliena angegriffen werden, können also gar nicht klagen, wenn ihnen in der Sphäre ihres Rechts kein Unrecht geschieht, daher denn auch die Ausdrücke: non sunt possessores rei, sed tantum juris quasi possessores. Hiebei ist nun aber noch zu bemerken, daß der Superficiar und Emphytheuta, weil beide kein eigentliches dominium haben (§. 626. 629.), und in sofern im Wesentlichen den Servituteninhabern zu vergleichen sind, ebenfalls, wie diese, nur eine quasi possessio haben, wie es auch Savigny immer mit der Praxis annahm. Dagegen hat nun jetzt

Schröder in Linde's Zeitschrift Bd. 2. Hft. 2. S. 236—255.

beiden, aus Liebe zu seiner falschen Hauptidee (Zusatz zu §. 295.), einen animus domini beigelegt, woraus er denn auch für sie eine vera possessio ableitet. Allein dagegen ist dieß zu erinnern:

1) Bei der superficies bleibt der Grundeigenthümer possessor, und dem Superficiar ist zum Schutz seines Besitzes bloß ein eigenes Interdict de superficiebus gegeben.

L. 3. §. 7. uti possid. (43, 17.).

Das Wort „quasi" kommt hier zwar nicht vor, aber

doch die Sache selbst, weil der Superficiar, wie gesagt, die possessio des Grundeigenthümers nicht aufhebt.

2) Die Idee von Savigny in Betreff der Emphyteusis ist auch höchst natürlich, theils wegen Analogie der ähnlichen Superficies, theils weil die Gesetze da, wo sie bestimmt über das Wesen der Emphyteusis reden, dem Emphyteuta das dominium absprechen, und nur ein jus fruendi einräumen, und endlich, weil nicht einzusehen ist, warum man dem dominus emphyteuseos, gegen den an sich das, den Verpfänder treffende Mißtrauen nicht stattfindet, und welcher so vielfach bei der Sache interessirt bleibt, die possessio zu Gunsten des Emphyteuta ganz absprechen sollte. Schröder meint zwar in

L. 15. §. 1. qui satisdare (2, 8.) [q]

werde dem Emphyteuta absolut die possessio gegeben; allein dieß Fragment bezieht sich nur auf die Lehre von Satisdationen, wo das Wort possessio einen ganz eigenen Sinn hat, den Schröder ganz in der Nähe hätte entdecken können, nämlich in §. 2. 3. desselben Gesetzes [r]), worauf er sich beruft.

Ad voc. zur Erwerbung dieser sogenanten quasi-possessio.

In Ansehung der affirmativen Servituten (§. 604.) ist es ganz ausgemacht, daß ihr Besitz erst dann erworben wird, wenn sie Jemand einseitig oder auf Erlaubniß des Herrn der dienenden Sache wirklich ausübt; der letzte

---

q) Possessor autem is accipiendus est, qui in agro, vel civitate rem soli possidet, aut ex asse, aut pro parte. Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. Item qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Eum vero, qui tantum usum fructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit.

r) §. 2. Creditor, qui pignus accepit, possessor non est; tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam, aut precario debitori concessum. — §. 3. Si fundus in dotem datus sit: tam uxor, quam maritus propter possessionem ejus fundi possessores intelliguntur.

mag nun seine Erlaubniß bestimmt gegeben und dem Andern die Ausübung der Servitut vertragsmäßig gestattet haben (quasi traditio), oder es mag von seiner Seite die Ausübung der Servitut nur wissentlich geduldet seyn (patientia). Allein wie verhält es sich mit der Besitzerwerbung negativer Servituten, welche auf ein bloßes Nichthandeln des Herrn der dienenden Sache gehen? Man unterscheide hier diese Fälle:

1) Der Besitz soll einseitig erworben werden. Früher sagten unsere Juristen fast immer: der Besitz wird nur erworben, wenn der, welcher die Servitut haben will, dem andern ein positives Factum verbietet, und der Andere dieß nun auch des Widerspruchs wegen unterläßt. So viel leidet nun keinen Zweifel, daß auf solche Art eine negative quasi-possessio erworben werden kann

L. 15. de operis novi nunciat. (39, 1.)
L. 44. de damno infecto (39, 2.).

Allein Savigny ging in den drei ersten Ausgaben seines Werks viel weiter, und behauptete: schon aus dem bloßen Nichthandeln des Herrn einer Sache folge jene negative quasi-possessio. Er hat indeß seit der 4ten Auflage S. 468, diesen gefährlichen Satz, wodurch man gegen die ganze ruhige Welt, als solche, ein possessorium bekommen würde, mit Recht fallen lassen, weil die possessio stets ein bestimmtes Verhältniß gegen eine andere Person voraussetzt, welches erst aus ihrer bestimmten Handlungsweise folgen kann.

2) Die negative quasi-possessio soll vertragsmäßig eintreten, z. B. es verspricht der Hausbesitzer A seinem Nachbar B die servitus altius non tollendi (§. 607.). Hier hat die Praxis stets angenommen, wie es auch Savigny immer that, daß der Besitz hier schon durch den bloßen Vertrag begründet werde, wogegen aber Einige behaupten, A müsse erst ein factum contrarium vornehmen, B darauf contradiciren, und so denn A das Factum unterlassen. Allein kein Gesetz ist für diese Ansicht, und es wäre ganz unjuristisch, wenn man hier von einem Contrahenten doch noch wieder ein contractwidriges Fac-

tum verlangen wollte, und wenn man ein vertragsmäſsiges Unterlassen nicht als genügende patientia behandelte, da es nun ganz das zur quasi-possessio gehörende bestimmte Verhältniß zu B ausdrückt.

Wenn man übrigens sagt, daß zur *possessio* einer Servitut dieß und jenes gehöre, so ist damit noch keineswegs ausgesprochen, daß eine Servitut als dingliches Recht von einer quasi traditio abhängig sey. Der letzte Punct ist neuerlich viel besprochen worden; doch kann darüber erst in Zusatz zu §. 621. das Nöthige gesagt werden.

§. 309.

Ad voc. wenigstens nach der Meinung der mehrsten Practiker.

Diese Meinung der Practiker hat bedeutende theoretische Gründe gegen sich, welche aber so sehr mit der Lehre von den Servituten verwebt sind, daß darüber erst in Zusatz zu §. 625. das Nöthige gesagt werden kann.

§. 311.

Ad voc. zu ersetzenden Schaden erlitten hat.

Das römische Recht hat das Hauptprincip, daß Niemand wegen des Schadens belangt werden kann, den seine leblose Sache ohne seine Schuld einem Andern verursachte. Kommt indeß die schadende Sache auf den Boden des Beschädigten, so hält der zähe Bauer die Sache unter den Klauen, und da hat denn das römische Recht, welches der Gemeinheit nicht selten nachgab, den Satz angenommen, daß der Grundbesitzer die schadende Sache retiniren kann, bis ihm der Schaden bezahlt ist; wobei denn gar nicht bewiesen zu werden braucht, daß der Herr der schadenden Sache in culpa war. Sehr gut ist dieß jetzt entwickelt in

Cropp und Heise, juristische Abhandlungen Bd. 1. Nro. 20.

§. 312.

Ad voc. im schnellen Gang des summarischen Prozesses.

Seit der Glosse war es immer Lehre unserer Theoretiker und Practiker, daß der Interdictsprozeß ein summarischer, d. h. ein möglichst abgekürzter sey, welcher nur provisorisch Ruhe schaffe, und worauf denn nachher immer ein petitorischer Prozeß über das Recht selbst folgen könne. So dachte auch Savigny in den drei ersten Auflagen seines Werkes; aber später hat er nach nota q jene Sätze ganz geläugnet und sofort Nachsprecher gefunden, während der Verfasser des Compendiums sich gleich ausführlich gegen Savigny erklärte im

Archiv für civilistische Praxis Bd. 10. Hft. 3. Nro. 23.,

worauf auch gleich nachher

Mühlenbruch, Entwurf des Civilprozesses S. 235—240.

als Gegner von Savigny auftrat.

Die Gründe der nenen Theorie von Savigny sind diese: nach Constantin seyen die Geschwornen weggefallen, alles sey also in der alten Kunstsprache ein judicium extraordinarium geworden, und nach

Gajus IV. 167. [s])

habe es auch bei Interdicten Sponsionen, Restipulationen u. dgl. gegeben, mithin allerlei, was an ein summarisches Verfahren nicht denken lasse. Dagegen ist aber zu erinnern: wenn auch die judices aufhörten, warum

---

s) Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus, licitationis summam poenae nomine solvere, et praeterea possessionem restituere jubetur: et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit: summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est.

konnte dann nicht der Director des Gerichts nach wie vor summarisch verfahren, und wie sind Cautionen u. dgl. Dinge, wo es oft nur auf ein einziges Wort ankommt, mit einem raschen Prozeßgange im Widerstreit? Gegen die Idee von Savigny sind nun aber die classischen Belegstellen in nota g ganz entscheidend. Die Nebenbehauptung von Savigny, daß namentlich auch nicht das interdictum quorum bonorum (§. 744.) summarisch gewesen sey, wird auch schon allein entkräftet durch ein von ihm unbeachtetes Gesetz, nämlich durch

Cod. Theodos. L. XI. tit 36. const. 22.,

wo von diesem Edict ausdrücklich gesagt wird, es sey beneficio celeritatis erfunden, und solle den injuriis tarditatis nicht unterliegen. Daß die Interdicte summarisch sind, war denn später auch zugegeben von

Zimmern, quo sensu summarium vocari possit interdictorum judicium Jenae 1828.

und Puchta in den Jahrbüchern der juristischen Literatur Bd. 9. Hft. 1. S. 1—16.

doch sind beide hier über einen Punct unter sich uneinig, indem der Letzte behauptet, aber ohne Belege, im summarischen Prozeß genügten unvollkommene Beweise, der erste dagegen annimmt, im summarischen Prozeß sey nur von einem facto die Rede, wogegen indirecte Exceptionen nicht gehört würden; allein das streitige factum müsse plene bewiesen werden, weil die Römer hier auch von *probatio* redeten.

Mit der Abhandlung von Zimmern, aber nicht mit der von Puchta bekannt, hat nun jetzt

Savigny, Zeitschrift Bd. 6. Hft. 1. 2. S. 229—279.

seine frühern Ideen wieder vertheidigt, indem er behauptet: bei minder wichtigen präparatorischen oder auf Nebendinge gehenden Handlungen gestatteten die Römer allerdings ein summatim auf bloße Wahrscheinlichkeit oder unvollkommene Beweise, ohne daß dieß gerade ein schnelles Verfahren andeutet. Allein der Interdictsprozeß, sofern nicht der Prätor selbst alles sofort kurz abgethan habe,

sey nie ein abweichender oder schneller Prozeß gewesen; und man müsse die obigen Gesetze, welche von celeritas und frustrationibus amputatis redeten, bloß davon verstehen, daß der Richter solche Sachen vor andern zu befördern habe, ohne daß damit gesagt sey, er müsse solche Sachen an sich schneller nehmen als andere. Auch sey in manchen Stellen bei Interdicten vom jure ordinario die Rede, so wie vom diligenter peragere und von perplexissima executio der Interdicte. Dagegen ist nun aber dieß zu bemerken:

1) Wenn judices bei Interdicten bestellt wurden, wie es oft der Fall war, so hieß dieß jure ordinario. Damit ist aber das Summarische nicht ausgeschlossen, so wenig wie bei dem summatim, welches letzte selbst Savigny zugibt, obgleich auch hier in der Regel judices bestellt wurden. Auch das diligenter kann mit der Schnelligkeit bestehen, so wie dabei eine Schwierigkeit der Ausführung stattfinden kann, wie z. B. die Besänftigung eines Tumults und die Ausmittlung der Tumultuanten ihre große Schwierigkeiten haben kann, auch wenn man sich dabei der größten Eile befleißigt.

2) Summatim heißt bei den bessern Classikern, wie man aus Tucciolati sehen kann, wenn etwas rasch oder kurz und gut abgethan wird. Dabei werden denn, wenn auch probationes zu verlangen sind, unvollständige Beweise genügen müssen, und exceptiones altioris indaginis zu verwerfen seyn, natürlich unter Vorbehalt erschöpfender Einreden und Beweise, wenn es zum petitorio kommt. Gerade so finden wir auch die Sache in den Gesetzen.

L. 40. ad leg. Aquil. (9, 2.)
L. 5. §. 9. 13. ad exhib. (10, 4.)
L. 5. §. 9. de agnos. liber. (25, 3.)
L. 1. §. 14. de ventre (37, 9.)
L. 3. §. 4. de carbon. edict. (37, 10.).

3) Wenn die oben erwähnten Gesetze, in Betreff der Interdicte, nicht bloß für den ersten Zugriff, sondern absolut die celeritas und die amputatio frustrationum et tardidatis verlangen, so ist gewiß alle Vernunft dafür, wenn

man, wie es schon die Glossatoren gethan haben, diese Ausdrücke mit jenem summatim als gleichbedeutend behandelt, und so ist die Theorie des Compendiums bis auf den letzten Buchstaben gerechtfertigt. Die neuen Einwendungen Savigny's, in Betreff des interdicti quorum bonorum sollen in Zusatz zu §. 744. geprüft werden.

Ueber die novissima der Literatur ist hier noch dieß zu bemerken, daß sich gegen das obige Programm von Zimmern, außer Savigny, auch

Schröder in Linde Zeitschrift Bd. 2. Hft. 12. S. 252. 253.

erklärte, daß es alsdann selbst

Zimmern, Geschichte Bd. 3. S. 219—227.

zurücknahm, indem er viel Neigung für die Theorie des Compendiums zeigte, aber doch auch noch ängstlich nach Savigny hinsah, wie es auch

Schilling, Bemerkungen über die römische Rechtsgeschichte S. 270—274.

that, und daß dann

Löhr im Arch. für civilist. Praxis Bd. 12. Hft. 1. Nro. 6.

mit großer Ausführlichkeit und Gründlichkeit sich durchaus gegen Savigny erklärte. Zuletzt hat auch

Huschke, Studien, Breslau 1830 Nro. 4.

die summarische Natur der Interdicte im Ganzen anerkannt.

Advoc. zur Untersuchung der Thatumstände an den judex.

Früher hatte man über die Interdicte fast durchaus diese Ansicht: bei den Römern habe in allen summarischen, also auch in possessorischen Sachen, der Prätor allein erkannt (in römischer Kunstsprache extra ordinem) also die Partheien nicht zur Untersuchung der Thatumstände und zum Urtheil an judices verwiesen, und das eigene Urtheil des Prätors in summarischen Sachen habe interdic-

tum geheißen. Allein dieß ist offenbar falsch, wie schon Costa nota r cit.

musterhaft gezeigt hat. Auch in possessorischen Sachen verwieß nämlich der Prätor, wenn das factum geläugnet ward, die Partheien an den judex, und zwar, wie immer in solchen Fällen, mit einer dem judex ertheilten Instruction, welche hier nur das Eigene hatte, daß sie dem judex auf's Bestimmteste die Art der Verurtheilung vorschrieb, und vom Prätor gleich nach Anhörung der Klage, als dessen eigener Befehl ausgesprochen ward, sich dann aber, auf das Läugnen des Beklagten, in eine Instruction für den judex verwandelte. Diese Instruction nun, welche aus dem Theil des Edicts genommen ward, worin der Parthei Hülfe versprochen war, hieß nun interdictum, wie die classischen Belegstellen in nota r auf's deutlichste zeigen. Als seit Constantin die judices aufgehört hatten, mußte der Director des Gerichts nicht bloß die Einleitung, sondern auch die Durchführung des Prozesses selbst besorgen, und so waren nun alle summarischen Prozesse nach der alten Kunstsprache judicia extraordinaria. Daraus erklärte sich nun, wie Justinian dem Titel der Pandecten Lib. 43. tit. 1. die Ueberschrift geben konnte, de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt. Die richtige Ansicht von Costa hat auch immer Savigny in seinem Werk vertheidigt. Zur systematischen Uebersicht der ganzen Interdictenlehre im allgemeinen, dient hier folgende Tabelle.

Die Interdicte sind entweder:

I. Possessoria, welche bloß den Besitz betreffen. Diese sind wieder

1. adipiscendae possessionis, wenn Jemand durch Interdicte einen Besitz zu erhalten sucht, den er bisher noch nicht hatte. Nach §. 665. 775. kennen die Römer einige solcher Interdicte; aber Savigny hat sie mit Recht von den aus dem Besitz folgenden Interdicten ausgeschlossen, weil sie keinen bisherigen Besitz voraussetzen, sondern erst einen Besitz schaffen sollen.

2) retinendae possessionis, wenn ein Besitzer zwar turbirt ...

birt, aber noch nicht entsetzt ist, also bloß eine Abwehrung seiner Turbationen verlangt. Dahin gehört:

A) das interdictum uti possidetis und utrubi (§. 314.),

B) das deutsche summariissimum (§. 318.),

3) recuperandae possessionis, wenn der Entsetzte auf Wiedereinsetzung klagt. Dahin gehört:

A) das römische interdictum unde vi (§. 315.) und

B) das canonische remedium spolii (§. 317.)

4) mixta. Dahin gehört das in §. 316. erwähnte interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, weil es zugleich adipiscendae und recuperandae possessionis ist.

II. Non possessoria, wobei es in der Hauptsache, oder nicht gerade immer, auf eine possessio ankommt. Dahin gehört:

1) das interdictum quod vi aut clam (§. 320.),

2) die interdicta in Beziehung auf operis novi nunciatio (§. 324.).

Außer diesen allgemeinen Interdicten gibt es auch da und dort noch für einzelne Fälle besondere Interdicte, welche suo loco anzuführen sind in den §§. 333. 368. 553. 582. 624. 627. 665. 744. 898. 965. 1025.

Ad voc. auf die Exceptionen des Beklagten condemnirt werden kann.

Dieser Satz läßt sich leicht durch Folgendes erläutern. Wenn der Beklagte sich gegen eine Klage bloß als reiner Beklagter benimmt, so ist seine Thätigkeit nur abwehrend; also kann der Richter nicht mehr für ihn thun, als daß er, wenn die Klage als verkehrt erscheint, den Kläger abweist. Will der Beklagte dagegen, daß ihm der abgewiesene Kläger auch noch dazu etwas Positives leiste, so muß er mit der Exception auch noch eine Reconvention verbinden, wodurch er dann auch die Rechte

eines Klägers bekommt. Ist also z. B. A dem B 100 fl. schuldig, und B dem A 200 fl.; belangt B den A wegen seiner 100 fl., und schützt dagegen A wegen seiner Gegenforderung von 200 fl. bloß die exceptio compensationis vor, so kann hier der Richter den B nur abweisen, aber er kann ihn nicht noch dazu condemniren, daß er den Ueberschuß von 100 fl. an A herausgebe, es möchte denn seyn, daß B mit der exceptio compensationis auch noch wegen des Ueberschusses von 100 fl. eine reconventio verbunden hätte. Bei einigen Interdicten ist nun des schnellen Friedens wegen das Gegentheil angenommen, z. B. bei dem interdictum uti possidetis, wobei nach §. 314. der Richter sogar den Besitz positiv zusprechen kann, wenn aus seinen Exceptionen sich sein besserer Besitz ergibt.

§. 315.

Ad voc. und zwar von einer unbeweglichen Sache.

Das Gegentheil dieses Satzes hat
Savigny Aufl. 3. S. 443.

behauptet, nämlich, daß wegen der in nota q zuletzt citirten Constitution des Codex, jetzt auch wegen Mobilien das interdictum unde vi stattfinde. Allein jene Constitutionen sagen bloß, daß der Räuber die possessio restituiren solle, ohne irgend zu sagen, daß es im Wege des schnellen Interdictsprozesses verlangt werden könne. Natürlicher ist es also, wenn man jene Constitutionen von den actionibus versteht, welche nach nota q das Pandectenrecht bloß wegen der Mobilien gestattete, nämlich von der condictio furtiva, actio vi bonorum raptorum und ad exhibendum, welches denn um so mehr angenommen werden muß, da Justinian, noch nach jenen Constitutionen, welche schon 529 publicirt waren, dennoch hinterher in den Pandecten auf's Bestimmteste aussprechen ließ, daß man wegen bloßer Mobilien das interdictum unde vi nicht habe. Es begreift sich dieß auch wohl, da man, wenn man bloße Mobilien verlor, gewiß sich nicht in dem ungeduldigen Zustande befindet, welcher in der Regel immer bei der Entsetzung aus einer Im-

mobilie stattfinden wird. Gegen das, was der Verfasser des Compendiums hierüber in dem nota q citirten Archiv ausführte, hat sich indeß

Savigny Aufl. 6. S. 481—487.

erklärt, mit Berufung auf seine jetzige Behauptung, daß der Interdictsprozeß nicht summarisch sey. Allein nach Zusatz zu §. 312. ist dieß eine falsche petitio principii. Auch hat Savigny noch immer nicht die Frage beseitigt, wie denn ein ganz unbestimmtes Rescript des Codex die ganz bestimmte Entscheidung der Pandecten aufheben kann. Gegen Savigny hat sich nun auch erklärt

Linde Zeitschrift Bd. 1. Hft. 3. S. 418—421.

und dann auch

Fritz, responsio ad quaestionem, quam actionem constitut. 7. Cod. unde vi concedat. Friburgae 1828.,

indem er aber die vorhin erwähnten, durch die Pandecten klar gestatteten Klagen auf sich beruhen läßt, und künstlich herauszubringen sucht, in L. 7. Cod. cit. werde dem, welcher aus einer Mobilie entsetzt sey, absolut die rei vindicatio gestattet, ohne daß er sein Eigenthum zu beweisen brauche, also auch wenn er nicht Eigenthümer sey. Allein das Gesetz sagt nichts von einer sonst unerhörten Monstrosität. Zwar stützt sich Fritz auf das liceat priori possessori sine ulla distinctione vindicare in

L. 8. §. 2. Cod. de praescript. triginta annorum (7, 39.) [t]).

Allein Justinian spricht hier offenbar von Personen, welche, wie der Eigenthümer und Pfandgläubiger, an sich eine actio in rem haben, die ihnen denn natürlich durch die Räuber nicht genommen werden kann.

---

t) Sed haec super illis detentatoribus censemus, qui sine violentia eandem rem nacti sunt. Nam si quis violenter eam abstulerit, omnimodo licebit priori possessori sine ulla distinctione eam vindicare.

§. 317.

Ad voc. nicht aber gegen den Dritten in gutem Glauben.

Mehrere unserer Juristen sind mit

Mevius nota f cit.

der Meinung, daß auch gegen den dritten bonae fidei possessor das remedium spolii statt finde, weil das spolium die Sache mit einem vitio reali behafte, weil Niemand von seinem Antecessor mehr erwerben könne, als dieser selbst gehabt habe, und weil es gewissenlos sey, das zu retiniren, was einem Andern gehöre. Allein es ist dieß eine seichte Rederei. Denn die remedia recuperandae possessionis des römischen Rechts gehen ausgemacht nicht gegen den dritten Besitzer. Das canonische Recht geht nun zwar etwas weiter, und macht eine Ausnahme in Ansehung des dritten malae fidei possessoris, bestätigt aber in Ansehung des bonae fidei possessoris ausdrücklich das römische Recht in

c. 18. X. h. t. (2, 13.).

Geht man also noch weiter, so kommt man auf eine aequitas contra leges, welche doch überall zu verwerfen ist. Wollte man die Billigkeit, welche die Gegner anrufen, mit voller Consequenz durchführen, so käme man ja am Ende zu dem Resultat, daß alle Rechte dingliche Rechte seyn müßten.

§. 322.

Ad voc. nunciatio realis.

Die nunciatio realis ist jetzt von

Reinhard nota b cit.

geläugnet, aber bloß weil das Wort in den Gesetzen nicht vorkommt, wobei er denn gar nicht erwogen hat, daß die jetzt sogenannte nunciatio realis sich schon ganz von selbst versteht, weil jeder befugt ist, sich in seinem Besitz durch eigene Gewalt zu vertheidigen.

Was den gleich nachher im Compendium erwähnten jactus lapilli betrifft, so ist dieser als eine factische Thätigkeit natürlich nur erlaubt, wenn Jemand dieß Symbol zur Vertheidigung seines Besitzes vornimmt, wie überhaupt die nunciatio realis nur als erlaubt gedacht werden kann, wenn Jemand seinen bisherigen Besitz schützt, indem man so in einen fremden Besitz nach den Principien der Selbsthilfe nicht eingreifen darf. Erlaubt sich indeß der Nichtbesitzer ein factisches Vertreiben des Andern, und läßt sich dieser dieß gefallen, so ist nun auch von Seiten des Andern nach den Principien des §. 305. der Besitz verloren, und es bleibt ihm nichts übrig, als das interdictum unde vi, um durch richterliche Hilfe wieder in den Besitz zu kommen.

L. 6. §. 1. si servit. vindic. (8, 5.)
L. 20. §. 1. quod vi (43, 24.).

§. 323.

Ad voc. ein dingliches Recht.

Im Ganzen sind die hier aufgestellten Sätze des Compendiums völlig ausgemacht, und namentlich auch in Betreff der Inhaber der Realservituten. In Ansehung der servitus viae ist indeß

L. 14. h. t. (39, 1.) [u]

den Worten nach widerstreitend, und so hat sich denn die Wissenschaft alle mögliche Mühe gegeben, durch reservationes mentales und willkührliche Kritiken nachzuhelfen. Man vergißt indeß dabei, daß sich in der römischen Praxis eben so gut, wie in der unsrigen, manche Anomalien bildeten, welche die classischen Juristen selbst für sonderbar und unerklärlich hielten, und auch wohl

u) Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via aedificat, nihil agit: sed servitutem vindicare non prohibetur.

bitter tadelten, aber doch als recepta sententia stehen ließen,

L. 6. §. 6. si servit. vindic. (8, 5.)
L. 9. de religiosis (11, 7.),

und daß Justinian seiner Gesetzgebungs-Commission ausdrücklich aufgegeben hatte, auf die receptas sententias ganz vorzügliche Rücksicht zu nehmen.